# HUGONIS DONELLI

## OPERA OMNIA

TOMUS SEXTUS.

# HUGONIS
# DONELLI

JURISCONSULTI ET ANTECESSORIS

## OPERA OMNIA.

## COMMENTARIORUM
## DE JURE CIVILI

TOMUS SEXTUS

CUM NOTIS

**OSUALDI HILLIGERI**

ACCEDUNT SUMMARIA ET CASTIGATIONES THEOLOGICÆ.



FLORENTIÆ
AD SIGNUM CLIUS
MDCCCXLVI.

# LECTORI BENEVOLO

## JOANNES RICCOMINI

S. P. D.

*Donellus morte præreptus fuit, nondum absolutis* Commentariis de Jure civili. *Moriens autem scripta sua commendavit Scipioni Gentili J. C. cui postremam hujus Operis partem debemus, qua* Liber XXIII. *et sequentes continentur. Quid in hac parte Gentilis præstiterit, ipse narrat in Epistola ad Christophorum Fiix, quam volumini præmisit.* Præterquam quod, *inquit,* hoc opus magnam partem a me in lucem productum est, refectum etiam, ac perpolitum non paucis in locis, tum certe hæc postrema pars non illum fere magis auctorem agnoscit, quam me. Chartæ erant disjectæ, mutilæ, plurimisque locis inculcatæ, ad hoc ab aqua pessime acceptæ, prope ut literarum aspectus aciem oculorum fugeret. Ita factum est ut et in legendo, et in describendo, et in componendo magnæ molestiæ exsorbendæ mihi fuerint. Quæ deesse et latere in lacuna vidi, quæ multa erant, supplevi, ut potui: adjeci etiam, atque adsui ex ipsius Donelli Operibus editis Titulos unum et alterum, quod ita res et institutum Auctoris adscriptioque postulabat. Effeci denique ut hoc Commentariorum corpus, si non perfectis atque elegantibus, attamen partibus suis constaret ....... Scio, videri posse hæc ab illo (*Donello*) paulo aliter et numero Librorum, et ordine distincta esse, quam nos edidimus: sed mutavit, ac retexuit ipsemet multa postea, ut demonstrari liquido potest ex chirographis ejus Libris. *Vellem apertius exposuisset quid ex aliis Donelli Operibus in id volumen transtulerit. Is enim, ut lacunas expleret, integros Donelli Tractatus, integra Commentaria ad complures Titulos Digestorum, et Codicis in eas conjecit. Nam Librum XXIV. supplevit adjecto post* Cap. VIII. *Tractatu de* Jurejurando, *quem Tractatum Donellus ipse in Plantiniana editione* Commentariorum ad Digesta *anni MDLXXXII. posuerat loco*

*Commentarii ad Titulum Digestorum* de Jurejurando *Librum XXV. composuit congestis Commentariis Donelli ad Tit. Cod.* de Probationibus, *ad Tit. Cod.* de Testibus, *ad Tit. Cod.* de Fide instrumentorum, *et ad Tit. Cod* Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. *Libro XXVI. adjecit loco appendicis Commentarium ad Justiniani Imp. Constitutionem* L. unic. C. de sentent. quæ pro eo, quod inter. prof. *Liber XXVII. constat unico, licet prolixo, Commentario ad Tit. Digestor.* de re judicata. *Libri XVIII. Caput. I occupat Commentarius ad Tit. Digest.* de confessis. *Ego vero in hac mea editione istas interpretationes, lucubrationes istas Donelli, quæ, ut ita dicam, in conducto habitabant, ad proprias sedes revocavi, atque suis quasque locis collocavi in commentariis ad Digesta et Codicem Justiniani. Quod eo monendum censui, ut ne quis forte meam hanc editionem suspicetur mancam esse et imperfectam. Sexti hujus Voluminis partem quæ vacua remanebat, replevi illatis in hunc locum minoribus Donelli Operibus, quorum seriem proxima tabella, sive Index Volumini præfixus exhibet. Consilium, institutumque meum æqui bonique facias. Vale.*

# HUGONIS DONELLI
## JURISCONSULTI
# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS TERTIUS

### CAP. I.

De forma et ordine judicii exercendi: quæ hujus ordinis, et in hoc ordine quæ Judicii partes.

*Nexus rerum et methodus.* I.
*Quis ordo et forma judicii.* II.
*Judicium civile duplex; quid utrumque, et qui nuncupetur.* III.
*Judicium primum quod vocant quatuor constare partibus; quæ illæ.* IV.
*Harum optime constitutus ordo.* V.
*Item numerus optime constat. Hoc plenius explicatur.* VI.
*Transitio atque aditus ad cap. seq.* VII.

I. Ergo huc usque expositæ sunt nobis duæ partes ex illis quatuor quibus judicium constare initio diximus: Personæ ad judicii constitutionem pertinentes, et res quæ in judicium deducuntur, ab actore actiones, a reo exceptiones et defensiones omnes. Quarum partium in priore licet agnoscere caussam judicii efficientem, in altera materiam in qua judicium civile omne versatur, et de qua judicium est. Sequitur judicii forma atque ordo, pars judicii tertia, quam supra in hoc numero proposuimus. De qua vel hoc nomine maxime hoc loco cognoscendum est, quod in ea judicii exercitio continetur, quam post illa duo superiora necessario subjicii oportet. Nam, qui cognovit ad rectam judicii futuri institutionem, in personis quis, cum quo, apud quem recte agat; in rebus quid petere, quid ab adversario metuere, et adversus quas defensiones se præmunire debeat; huic si agere velle perseverabit, ne frustra superiora cognorit et frustra ad ea se instruxerit, nihil aliud superest, nisi ut cogitationem de judicio instituendo ad rem conferat, jure agere aggrediatur, rem judicio et certationi judiciariæ committat.

II. In quo est illa exercitio judicii quam dixi. Hæc certatio et exercitio, si posita esset in cujusque actoris, aut rei, aut judicis libidine qui de ea re statuere possent ut vellent, non esset cur laboraremus: rem potius uti debuit eorum arbitrio et voluntati permitteremus. Nunc autem in hac contentione certa forma et certus ordo judicii exercendi constitutus est. Sic enim hæc nominantur. *L.* 4. *C. de sententiis et interl. L.* 1. *C. de exec. rei judic.* ita constituta ut pervertere non liceat, quin quicquid adversus ea, invitis litigatoribus aut uno ex his, actum decretum fuerit, (1) irritum habeatur, *L.* 4. *L.* 5. *L.* 6 *C. de sent. et interl. d. L.* 1. *C. de exec. rei jud.* Hæc forma est atque ordo de quo nunc quærimus. Utrumque ita est, ut est judicium quo agitur.

(1) Quo de fuse post alios Vant. *de Nullit. ex defect. processus.* Et hoc perpetuum quoad quatuor has partes quas Donellus hic recenset, seu in ordine substantiali, etiam quoad litis contestationem, si vere et ex jure ea accipitur, quo de suo loco. Cæterum ordo duplex statuitur: substantialis qui omissus semper vitiat; et non substantialis, quo omisso, sustineri potest judicium, qui accidentarius et voluntarius dici potest, quandoque requiritur, quandoque non. P. Gregor. 48. *Synt.* 1. *n.* 3. add. *h. Cap. N.* 4.

III. Judicium civile (2) duplex est: Unum primum: alterum judicium adpellationis. Primum, quod primum instituitur inter aliquos de re aliqua. Judicium adpellationis, cum re priore judicio judicata, ab ea sententia adpellatum est, ac de eadem re ex appellatione cognoscitur.

IV. Primum judicium, uti nunc primum instituitur, ita ordinem suum quendam proprium ei initio convenientem habet. In quo si paulo latius totius actionis judiciariæ fines omnes complecti volumus, ejus ordinis partes (3) sunt quatuor, totidem judicii partes, quatenus in eo ordinem et formam judicii exercendi spectamus. Partes ut numero certæ, ita certo ordine inter se ita progredientes, ut quædam præcedant, aliæ necessario quodam naturæ ductu sequantur, nec nisi perversa natura rerum hic ordo converti possit. Prima est in jus vocatio, a qua initium omnium actionum instituendarum proficisci traditur in §. *ult. Inst. de pœn. tem. lit.* Quam ita accipi volo, ut intelligatur vocatio justa; proinde conjuncta cum edictione actionis de quo postea suo loco. Secunda est litis contestatio, de qua in *L. un. C. de litis contest.* tertia caussæ disceptatio et cognitio, de qua præcipitur in *L. judicis. C. de judiciis*, indicatur in *L. de qua* re. in pr. *D. de judic. L.* 1. *C. de exec. rei jud. L.* 1. *D. de judic.* In his partibus tria hæc animadvertenda sunt: Numerus partium quem dixi, earum partium ordo, tum singularum forma et lex jure cuique attributa. De forma dicetur in tractatione singularum partium.

V. De numero et ordine superiore ante paucis constituendum est, quia ad partitionem ipsam propositam constituendam pertinet. Et si judicii actionisve judiciariæ eæ partes sint quas dixi, de ordine earum dubitari non debet. Se enim ipse per se satis ostendit; quem apparet non tam voluntate jura constituentium, quam (4) naturæ ipsius certa lege atque auctoritate constare. Nam, si quis eum quo apud judices agere vult de re aliqua et eum eo litem instituere, primum est in eo ut adversarius ad judices veniat, qui respondeat agenti et se paratum contendere declaret. Non veniet autem adversarius in jus nisi vocatus, et rite vocatus. Neque adeo aliter vocanti parere cogitur. Primum igitur hoc omnino in hac institutione actionis, ut adversarius in jus vocetur cum quo qui agit congrediatur. Proximum est, ut cum adversarius venerit quo vocabatur, si de judice conveniet, tum constituatur apud judicem qua de re agatur, de qua postea cognosci et statui possit a judice. Constituitur

(2) Vel potius ejusdem judicii instantiae duae, de quo vid. omnino Wesenb. *ad Rub. Cod. de judic. n.* 46. *C. seqq.*

(3) Petr. Gregor. *d. Cap.* 1. *n.* 5. *et* 2. *seqq.* Tria judicii capita 1.° habet prœludia litis, quibus leves fiunt velitationes, 2.° dirigitur ad principale negocium, statu caussæ constituto, a lite contestata usque ad sententiam. 3.° partes judicis continet, postquam in caussa conclusum est. Et ita etiam Scaccia 1. *de Judic.* 4. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2 *Cap* 13. *n.* 1. Joan. de Arnono *Practicæ Cap* 8. *et seqq.* Maranta *Speculi Parte* 6. *Tit.* 1 tres partes constituit, quas singulas in sua membra dispertitur. Nec in effectu longe discrepant variæ aliorum partitiones, uti nec illa Vulteii 2. *Juris pr.* 26.

(4) Damhuder *Praxi civ. Cap.* 21. *n.* 3. Quæ ex jure, ait, naturæ dicuntur membra hæc sunt: citatio, libelli oblatio, litis contestatio, probatio et sententia; judicii substantialia et essentialia, sine quibus nullum ordinarium (adde immo nec estraordinarium aut summarium, nam quæ in his petitio dicitur vice esse libelli, qui actus loco litis contestationis, vere est libellus etc. quoad jus naturæ) formari potest. Ex jure autem civili innumera etc. Et in substantialibus juris civilis non autem juris naturæ obtinere quod dicitur Principem ordinem judiciarium servare non teneri, Lanc. Conrad. *templo om. judic. Lib.* 1. *C.* 1. §. 3. v. *judicare secund. contrient. n.* 7. Item nullitates processus in Curia Imperii suprema non admodum attendi, si de meritis caussæ liqueat, Meicksner. et ab eo allegati *Tomo* 3. *Decis.* 18. *n.* 1. *et Decis.* 19. *n.* 2. *Tomo* 4. *Decis.* 22 *n.* 4. Nam in supremis Curiis non tam omnia scrupulose exiguntur, vel ad amussim servantur. Wesenb. *Cons.* 59. *n* 23. Et quod jure Hispanorum regio solemnium defectus non vitiet judicium tradit Parlad. 2. *Rer Quotid* 10. *n.* 1. An Processus nullus partium consensu sustineatur, et quibus solemnibus ab iisdem renunciari possit, (ut quæ principaliter eorum favorem concernunt, quibus non item quæ jus et utilitatem publicam primario respiciunt) vid. Maranta *P.* 2. *n* 39. *et seqq.* Guid. Papae *Q.* 216. Cravett. *de Antiq. temp. P.* 2. §. 1. *n.* 14. *et* 26 Asin. *de Execut.* §. 5. *Cap.* 54. Peregrin. Jannin. *de Citat. reali Lib.* 2. *Cap.* 1 *n.* 62. Quomodo pro solemnitatibus judicii præsumptio sit, et ut ea longo tempore inducatur, Cravetta *d. Tr. P.* 2. *et* 3. passim Asin. *d.* §. 5. *Cap.* 10 *et* 20 Cacheran. *Decis.* 173. Menoch. 2. *Præs.* 68 Vasq. 2. *Ill. Contr.* 63. *ac seq* Jac. Schult. *Q. Pract.* 17 *n* 31. *et seq.* Gved. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 36. præsumi pro judice quoad justitiam juris, non autem quoad justitiam facti, nec ordinem processus, per *Cap. quoniam* 11. *de probat. Cap.* 1. *de sequestr. ibi: pro suo arbitrio etc.*

autem jam cognita intentione actoris et rei ex adverso responsione, puta, aut inficiatione aut exceptione. In qua narratione et contentione facti inest contestatio litis, *L. 1. C. de litis contestat.* Secunda igitur naturæ ordine hæc contestatio. Lite contestata, sequitur deinceps cognitio judicis posita in eo, ut disceptationem utriusque partis audiat, quæ adferuntur ad probationem ab utraque cognoscat et æstimet; atque hoc modo ad sententiam ferendam se paret. Neque enim statim quisquam unde petitur condemnandus aut absolvendus est, sed tum cum ita jure faciendum esse, ex iis quæ acta et probata sunt, judex cognoverit, ut præcipitur in *L. negantes, C. de oblig. et act.* Ita tertia pars est, ita dictante natura, hæc ipsa caussæ disceptatio, et judicis cognitio. Re cognita, tum demum sequitur sententia judicis, quæ certo judicio finem imponit controversiæ, reum aut condemnando aut absolvendo, *L. 1. D. de re judic. L. de qua re,* in princ. *D. de jud.* Hunc (5) ordinem eleganter expresserunt Imperatores in *L. 1. C. de exec. rei jud.* his verbis: ***Nimis propere judex pignora Marcelli capi ac distrahi jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas, et caussa cognita sententiam accipias.***

VI. De ordine ergo superiore dubitari, ut dixi, non potest. At potest de numero partium, quando et has judicii partes esse diximus. Inter has enim numeravimus in jus vocationem. Atqui hanc juris authores a judicio removere videntur, apud quos magno consensu judicium a litis (6) contestatione incipere dicitur, a vocatione in jus nequaquam, *L. amplius, D. rem rat. hab. L. un. C. de litis contest.* Si incipit judicium a litis contestatione, ante litis contestationem judicium nullum est; quod si nullum est, quicquid ante instituetur, quanvis futuri judicii caussa, id judicii pars esse non potest. Sic enim recte argumentemur. Non potest quicquam ullius totius pars esse intelligi, ubi id totum nullum est; quoniam non est pars nisi totius pars, nec totum nisi suarum partium totum. Ante litis autem contestationem judicium nullum est, neque totum, neque ceptum, postquam id lite demum contestata incipit. Quare in jus vocatio quæ ante litis contestationem peragitur, et si quid est cum vocatione conjunctum, id judicii pars esse non potest. Ut proinde ex hac sententia vere dicturi simus judicii tres esse tantum partes veteribus illis cognitas, litis contestationem, caussæ cognitionem, et rem judicatam. Et fatendum est, si exacte et subtiliter de judicio loqui volumus, hæc ita se habere ut diximus. Nec deest veteribus hujus sententiæ ratio. Nam proprie judicium non est nisi inter duos litigatores inter quos est de re aliqua controversia, cui finem imponi oporteat sententia judicis, *§. 1. Inst. de actionib. L. 1. D. de re judic.* Tales litigatores nulli, nulla talis controversia ante litem contestatam. Non enim qui in jus vocatur statim litigat; qui cum vocatus erit et actione edita de jure actoris cognoverit, fieri potest ut cedat, *L. 1. D. de eden.* Proinde nec tum quidem proprie ullum judicium dici potest incipere inter eum qui vocat in jus et eum qui vocatus est. Præterea non est judicium, nisi in quo sit judex qui saltem cæperit de re controversa cognoscere; nam a judice judicium dictum est. Et significatur hoc quoque in *d. §. 1. Inst. de act.* Jam vero non incipit quisquam judex cognoscere de re, nisi cum per narrationem negocii caussam audire incipit a litigatoribus, itque id solum litis contestatione, *L. unic. C. de litis contestat.* Quare ne hac quidem ratione judicium

(5) Totum autem judicii ordinarii processum vulgarem summatim paucis complectitur Rosbach. *Tit.* 21. *n.* 3. *et Termin. Process. C.* 2. qui eundem rhytmis Germanicis exprimit. Enimvero in pluribus longe alia nobis instituendi et peragendi judicii ratio, quam quæ priscis Romanis fuit, imo et quæ tempore Justiniani, vid. Vult. 1. *Disc.* 1. *et* 2 *Jurispr.* 27. Cujus ordinis veteris exegesin brevem habet Vult. 2. *Jurispr.* 26. paulo latiorem Rævar. *Lib. Protribunal.* Exactiorem descriptionem Poller. *Libris* 5. *Historiae fori Romani.* Qui *Lib.* 4. *Cap* 11. *p.* 371. scribit quod melius ageretur cum legibus, si veterum consuetudinem retineremus. Sed hæc etsi non temere, ast frustra dicuntur. Confer Ventura de Valentiis *in Panthenio Litigioso,* passim, cum primis *Lib.* 16. *Cap.* 15. hodierni processus abusus perstringit.

(6) Et lite contestata accipitur judicium, ut *infra Lib.* 24. *Cap.* 1. Ac ante eam non proprie lis sed controversia, *L.* 25. §. 6. *de pet. her.* Contestasione actor litem facit, judicium dictat, reus accipit, Cujac. 9. *Obs.* 21. Et ita DD vulgo a citatione non incipere judicium: Quod et probant per *Cap. super Quæstionum* 27. v. *litis exordium de off. deleg. C. gratum* 20. *eod.* ubi dicitur quasi cœptum esse negocium. Ergo non vere incipit judicium, vid. Gail. 1. *Obs.* 74 *n.* 1. *et* 2. Castillo *Quotid. Contr. Cap.* 29. *n.* 10. Cujac. *d. loc.* Forcat. *Dial.* 83. Fach. 11. *Contr.* 81. Vult. 1. *Disc.* 1. *pag.* 15. Unde quæ ante litem contestatam fiunt, vocant judiciorum præparatoria.

ante litem contestatam proprie esse dicitur. Sed hæc inquam ita sunt, cum proprie et exacte judicii verbum intelligi volumus, ut concurrant et litigatores duo, et judex unus qui de re cognoscere cœperat. Nunc paulo latius judicii partem vocamus non id solum quod in ipso judicio inest, sed etiam quod judicium ita antecedit, ut tamen sit cum ipso judicio conjunctum, et sine quo, non dico ad judicii initium, sed nec ad sententiam pervenire potest. Talis est autem in omni actione instituenda in jus vocatio; quæ nisi præcesserit, non modo nullum judicium esse potest inter præsentes, sed nec ulla via agendi ne adversus absentes quidem indefensos. Neque vero male paulo latiore significatione id partem vocemus. Sic enim et vestibulum in ædibus, quanvis proprie domus pars non sit, quia tamen domui ita conjunctum est ut non nisi per hoc perveniatur ad domum, ideo etiam domus partem esse dicimus. Et proœmium per quod in caussam ingredimur, partem actionis et orationis vocamus. Id autem in vocatione in jus nunc potissimum facimus, quia ad rationem docendi videtor pertinere. Hæc enim ratio postulat ne quid in actione judiciaria, cujus tractationem nunc instituimus, prætermittatur, quod quidem illa ad judicium recte peragendum desideret. Quod ita fit, si fines ejus actionis omnes complectamur, si initium unde progreditur hæc actio, cum fine et exitu ejus actionis conjungamus. Constat autem initium instituendarum omnium actionum ab in jus vocatione proficisci, idque ita traditum est in (7) *§. ult. Inst. de pœn. tem. litig.* Recte igitur fit et necessario ut hoc initium unde progredi oportet, in hac actione numeretur non minus quam litis contestatio et quæ sunt reliquæ partes quæ ad judicium peragendum pertinent. Quod si numeratur, quid ni id principium totius actionis partem recte vocemus, ut solemus cujusque rei partem vocare id quo ea res constat, et maxime si eo carere res non potest? Sed de eo verbo anxii esse non debemus. Sive in jus vocationem hac ratione judicii partem dici placet, sive non placet; solum hoc intelligi volumus quod est apud Justinianum in *d. §. ult. de pœn. tem. litig.* Quod et nunc ad rem ipsam intelligi satis est, nimirum, *actionum instituendarum principium* (8) *ab ea parte edicti proficisci, qua prætor edicit de in jus vocando.* Sic enim ille loquitur: Id autem est ab in jus vocatione, ut sit edictum continens positum pro in jus vocatione de qua edicto cavetur.

VII. Sitque hoc modo huc usque constituta nobis superior partitio de judiciariæ actionis et judicii partibus, cum in numero partium, tum in earum progressu et ordine. Qua constituta, sequitur ut de forma et ratione singularum eodem ordine cognoscamus. Ac primum, ut ordo rei gerendæ postulat, de in jus vocatione.

(7) *Add §. ult.* Resp. Cujac. *d. C.* 21. *in fin.* dici initium actionis, non judicii. Et Forcat. *Dial.* 83. *n.* 2. Non est, ait, pars actionis, sed instituendæ actionis principium, ut præparatorium quoddam, veluti actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationi, ut commodius postea agi possit, Wesenb. in *L.* 1. *C. de judic. n.* 5. A citatione initium judicii *Clem.* 2. *Ut lite pend.* respectu judicis et jurisdictionis, *d. C.* 20. *de of. deleg.* (quia per eam lis pendens dicitur, vid. *supra Lib.* 17. *Cap* 18. *n.* 3. *et* 5. *N.* 4. fuse Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Præfat. n.* 28. *et seqq*) respectu vero meritorum caussæ a lite contestata, quia ante eam mutari potest, *L.* 3. *C. de el.* Malo distinguere inter strictiorem acceptionem judicii quatenus olim a jure distinguebatur, continens ea quæ apud recuperatores et judices datos expediebantur, et latiorem quæ pro toto tractu litis sumitur. Nam et olim apud magistratum de jure disceptabatur, et in præparatoriis hodie velitationes fiunt. Confer *supra Lib.* 17. *Cap.* 3. *N.* 1. 2. *et Cap. seq. N.* 9. Et ita Cagnol. *ad Rub. C. de edendo n.* 21. *et n.* 24. largo modo a citatione incipere non stricte. Aliter Alc. 2 *Disp.* 24.

(8) Unde nostri (etiam qui partem judicii negant) vocant principium, basin et fundamentum ordinis judiciarii vel processus per *d. § ult. L.* 47. *de re judic. Cap.* 11. *de prob. C.* 20. *de off. deleg et plures tex. simil.* quos proferunt Blarer. *ad L. diffamari C.* 6. *n.* 1. Vult. *ad pr. Inst. de act n.* 56. Gail. 1. *Obs.* 48. *n* 1. *et Obs.* 74. *n.* 1. Ayrer. *Process P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n* 1. Meland. *Com Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *pag.* 274. etc. Estque primum actus judicii. Nam libellus quo decerni petitur citatio, etsi prius offerendus, ut *Cap. seq. N.* 18. non est actus judiciarius, et per libellum adire licet etiam die feriato, *L.* 11. §. 6. *de adult.* Petr. Greg. 48. *Synt* 2. *n.* 1. Asin. *Praxi* §. 5. *Cap.* 3. *n.* 3. Fac. *L.* 15. *h. tit.* Athenis quoque olim nulla actio aut judicium, nisi in jus vocatio præcederet, ut ex Demosth. Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Judæ. Græc. etc. Cap.* 9. *n* 22.

## CAP. II.

**De in jus vocatione: an semper necessaria sit ad judicii constitutionem: quid sit: tum qualem eam esse oporteat, ut vocato veniendi necessitatem afferat.**

*De in jus vocatione tria ordine quæri et quæ.* I.
*An sit in jus vocatio necessaria; ad quos pertineat; quando impune possit omitti.* II.
*Absens quomodo in jus vocari debeat.* III.
*Quid sit in jus vocatio; plenior ejus descriptio.* IV.
*In justa vocatione tria inesse.* V.

1. Vocationis ritum: *an hic aliquis apud veteres: qualis moribus inductus et legibus comprobatus.* VI.
2. Personam: *quilibet in jus vocari potest; qui excipiantur, et quare.* VII.
3. Diem et tempus, *ad quod videlicet in judicio se sisteret vocatus: dies olim condicebatur a partibus.* VIII.

*Postea cœpit esse legitimum; et a quo tempore: tale et moribus nostrum temporum.* IX.

I. Et quæ tria de re aliqua quæri solent: an sit, quid sit, qualis sit: eadem in vocationem in jus incidunt, quæ esposita hujus partis naturam et jus expediunt, ut quæratur an semper ad judicii institutionem necessaria sit in jus vocatio. Si est; ut adhiberi debeat. quid; sit tum qualem eam esse jus velit, sive de ea rite adhibenda agatur, ut vocato veniendi necessitatem afferat, sive quæratur de hujus effectu, id est quæ sit et qualis hæc necessitas.

II. Principio igitur de eo hoc statuatur, vocationem in jus rem esse non solum quæ sit, adhibeaturque in omni recta actionis institutione, sed etiam quam ad eam rem (1) necesse sit adhiberi, atque adeo a qua prin-

(1) Quippe quæ fundamentum judicii ut *C. præced. N.* 8. De hac enim proprius hic tractandi locus, cujus finis susceptio judicii et quæ prioris partis judicii, sive præparatoriorum, actus primus; cum alias citationum usus crebrior et latior sit. Atque huic omnino convenit quod in ore nostrorum tritum est: Citatio respicit defensionem, juris naturalis ac divini est, auctoritate exemploque ipsius DEI Adamum vocantis, *Gen.* 3. v. 9. inducta et comprobata. Ad quod citant *C. Deus omnipotens* 20. *Cap.* 2. *Quæst.* 1. *Cap. qualiter et quando* 24. *de accusat. Clem. pastoralis* 2. § *cæterum* 8. *de re jud.* Maranta *Speculi aurei P.* 6. *Tit.* de *Citatione seu Membr.* 1. *n* 3 Asin. *Praxi* §. 6. *C.* 9 *n.* 2. *et C.* 13. *n.* 5. Damhuder. *Praxi civili C.* 54. *n.* 3. Vestr. *Lib.* 3. *Practicæ Rom. C.* 2 *n.* 7. ubi *in annot.* Gravat. *lit. D. et ad Lib.* 5. *Cap.* 13. *lit. D.* Covar. *Pract. QQ.* 23. *n.* 6. Menoch. 1. *Arb. Q.* 17. *n.* 5. P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 8. Blarer. *ad L. diffamari, Cap.* 6. *n.* 4. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 7. *n.* 2. *et Cons.* 44. *n.* 3. Gail. 1. *de Pac. publ.* 5. *n.* 5. Rulant. *de Commiss P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 5. *n.* 1. *et Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 1. Vant. *de Nullit. ex def. citat. n.* 3. *et n.* 7. aliique plures mox citandi. Tametsi diss. Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 14. *n.* 7. scribens hanc quæstionem ridicule deduci ex vocatione Adami *Gen.* 3. Natura, ait, docemur ut non nisi re cognita et parte audita judicetur. Sed quod defectus citationis insanabilis sit, quia contra jus naturæ, verum non est. Rationi enim naturali ita satisfit, si negocium sic geratur, ut pro rei conditione sufficiens haberi possit cognitio. Quod autem Princeps et Papa hanc omittere nequeunt, id non inde quia juris naturæ est, sed quia nec quæ sunt juris positivi, sine caussa auferre licet. Ita Sarmient. quem et *Clem.* 2. §. 8. clare revincit. Nec citra hanc haberi potest vera notitia et discussio caussæ, parte non præsente. Atque hinc immo est quod nec Princeps vel Papa hanc citationem remittere, nec si ipse judicet, eam omittere, aut ut vulgo ejus defectum supplere queat, *d.* §. *cæterum* 8. *et C.* 1. *de ca. poss. et propr. C. inter quatuor,* 8. *de major. et obed.* Facit *L. ult. C. Si per vim vel alio mo. L. ult. D. de natal. rest.* post plures Vant. *d. loc. n.* 9. *et tit. An quæl. sent. dic. poss. nulla n.* 14. Curt. Junior. *Cons.* 170. *n.* 27. *et seqq.* Blarer. *d. C.* 6. *n.* 3. Wumser. *Tit.* 6. *Obs.* 10. Menoch. *d. Q.* 17. *n.* 6. *et Recup. poss. Remed.* 8. *n.* 55. *et n.* 58. Vestr. *d. Cap.* 2. *n.* 7. ibique Gravat. Rosbach. *Process. tit. n.* 22. 43. Asin. *d. Cap.* 13. *n.* 5. *et* §. 7. *C.* 5. *n.* 2. Jo. Aurbach. *Sing. Alleg. Lib.* 2. *Cap.* 17. Ne quidem si caussa civilis, modo non plane levis. Lanc. Contr. *templo om. jud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 3. *de obligat. imp.* verbo *pronunciare secundum conscientiam n.* 3. Nec si caussa notorii sit, Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civil. etc. C.* 88. *n.* 3. Et nec si absoluta potestate utatur, Lanc. *d. n.* 3. Monach *Pract.*

cipium recte agendi proficiscatur ut diximus; idque eam vim habere, ut adversarium cum quo agere velimus ante omnia in jus vocari oporteat. Quorum utrumque apud Justinianum eodem illo loco scriptum est, idest §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* Quod cum faciendum esse præcipitur, nempe hoc significatur, si quid adversus quem qui prius in jus vocatus non sit actum pronunciatumve sit, id (2) nullam vim habere; ut accidit in iis

*P.* 3. *C.* 6. *n.* 2. Schurff. *Cent.* 1. *Consil.* 9. *n.* 6. quod multis firmat. *Comm. Cameral. P.* 2. *Memb.* 17. *f.* 275. Diss. Marsil. *Sing.* 75. *n.* 3. Asin. et ab eo relati § 7 *C.* 5. *limitat.* 35. Chassanæ. *Catal: gloriæ mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 158. *per cap. cum olim* 12. *de re jud.* Quorum opinioni locus esse potest in citationibus subsequentibus et ad alios actus, maxime si justa caussa Principem moverit, Maranta *P.* 6. *T. de Citat. n.* 10. et quoad solemnitates quæ juris positivi vid. *N. seq.* Unde nec ullo jure aut statuto tolli potest, Vant. *d. n.* 9. Asin. §. 6. *C.* 9. *et C.* 13. *n.* 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 4. Nec ab arbitro etiam cui absoluta facultas data, omitti, Menoch. *d. Q.* 17. Marsil. *Sing.* 75. *n.* 2. Vant. *d. lo. n.* 10. Etsi expresse ei datum ut et partibus absentibus pronunciet, Vant. *ibid.* in quo ei contrarius est Scaccia *d. C.* 88. *n.* 6. Uterque nititur, *L.* 16. §. 4. *de rec. arb.* Vantii opinio obtinere potest quoad citationem primam quæ hujus loci, Scacciæ autem quoad evocationem ad audiendam sententiam; quatenus nempe defensionem rescipit, quæ ut adimatur omnimodo, nulla justa caussa, nulla Principis potestas, nullum odium partis efficit. Nam nec diabolum, si in judicio versari posset, invocatum et inauditum damnari fas fore putant Van. *d. loc. n.* 3. Sig. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 2. Neque hac ratione ulla exceptio vid. *N. seq.*

(2) Nihilque cognosci et statui potest, Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 2. deficiente nempe una persona litigantis, et ita forma judicii, P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 28. Cum notio et discussio caussæ fieri nequeat, quæ corpus et substantia judicii, Vestr. 3. *Pract. Rom. C.* 2. *n.* 7. Nec ullus potentior defectus judicii, Vant. *Tit. de Null. ex def. Citat. n.* 2. Gravat. *ad Vestr. d. C.* 2. *lit. D.* Eademque nullitas processus, sive plane non emissa, sive non rite vel legitime, quæ jure nulla, per *L.* 6. *Qui sat. cog. et simil.* Vant. *d. Tit. n.* 22. *et seqq.* Asin. §. 6. *C.* 12. *n.* 5. *et C.* 13. *n.* 1. vid. tamen idem Vant. *Tit. ult. n.* 118 *et seqq.* Et quod vitiosa ac invalida non inducat litis pendentiam, Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *n.* 94. *et seqq.* Meland. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 17. Exc. 1.° Nisi ipse citatus caussam nullitati dederit, Lanc. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4. *Præfat. n.* 102. vid. tamen Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. defin.* 6. 2.° Nisi ita vocatus venerit; quo ipso validam reddi, adeoque comparitione spontanea omne vitium purgari plerique prodidere, per *L.* 1. §. 1. *de feriis*, Vant. *Tit. ult. n.* 116. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274, Boer. *Decis.* 235 *n.* 3. P. Æmil. *Decis. Rotæ* 112. *P.* 1. Menoch. 2. *Præsumpt.* 24. *n.* 14. Myns. 2. *Obs.* 18. *et* 3. *Obs.* 90. Gail. 1. *Obs.* 58. De quo fuse Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *præfat. n.* 128. *et seqq.* Etsi de illegitima citatione excipiat comparens reus, Mynsing. *d. C.* 90. *n.* 1. et Gail. *d. loc. n.* 1. Secus tamen si cognati aut amici ejusdem. vid. Vinc. de Franc. *Decis.* 514. *n.* 9. Enimvero hic sustinetur judicium a die comparitionis, non a die nulliter decretæ citationis, Lanc. *d. loc. n.* 140. Et hoc ita, si solum defectus jurisdictionis. *ibid. n.* 42. quia hic sæpe necessitas veniendi. ut *infra Cap.* 9. *N.* 4. Atque hæc expeditiora in prima citatione, eaque quæ hujus loci. Quin immo etsi sententia lata in favorem non citati. eam non valere volunt post plures, Vant. *d. Tit. n.* 10. Gravat. *annot. ad Pract.* Vestrii *Lib.* 5. *C.* 13. *lit. D.* P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. jud. C.* 17. *n.* 5. nisi in caussa criminali, Myns. 2. *Obs.* 92. Licet modum et solemnitatem vocandi, quæ et quatenus a jure civili est, eodem mutari, variari, itaque et a Principe remitti vel omitti nihil impediat, Marant. *P.* 6. *Tit. de Citat. n.* 10. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 17. *f.* 276. Vant. *Tit. ultim. n.* 107. *et seqq.* junge *N. præd. sub fi.* Cæterum idem jus esse volunt in quibusvis actibus caussæ vel judicii, ut in quovis citatio requiratur, citra quam is non valeat nec noceat non citato, Hippol. de Marsil. *Singul.* 75. Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *hoc tit. Concl.* 1. Gail. 1. *Obs.* 48. *n.* 1. *et* 2. Asin. *Praxi* §. 7. *Cap.* 5. *pr. n.* 2. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. C.* 88. *de Citat. necess. in sing. act. caussæ*, Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. Citatio n.* 4. *et seqq.* Fr. Pfoil. *Cons.* 158. Præsertim si caussæ cognitionem requirant, Mynsing. 2. *Obs.* 91. *pr.* Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 31. *etc.* veluti si producendæ positiones, instrumenta vel testes, si attestationes publicandæ, si sententia ferenda aut exsecutioni mandanda, etc. Quod probant per *L.* 47. *de re judic. L.* 39. *de adop. L.* 29. §. *ult. de minor. L.* 13. *pr. eod. L. ult. Cod. Si per vim vel al. mo. L.* 19. *Cod. de testib. L.* 4. *Cod. de dilat. Auth. si omnes C. si minor se hered. abstin. Cap. inter* 8. *de majorit. et obed.* Ac etsi inter alios lis mota sit, vel actus is expediatur, omnem tamen qui prætendit aliquod interesse, vel ex eo actu lædi potest, citandum tradunt Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 2. Gravat. *ad Vestr. d. C.* 13. *lit. D.* de communi testans, Marc. de Mantua *Singul.* 164. (excipiens, nisi præjudicium id exiguum) Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 32. Myns. 2. *Obs.* 91. *pr. per d. L.* 47. *d. L* 39. *etc.* si scilicet principaliter eum negocium tangat; secus

omnibus, quæ in judiciis contra solidum judiciorum ordinem fiunt, *L.* 4. *C. de sent. et interl.* et generaliter ut omnia pro infectis habentur quæ contra jus facta sunt, *L. nam*

si per consequentiam inde lædi possit, vid. Asin. §. 7. *C.* 5. *lim.* 2. Vant. *de Null. ex def. Cit. n.* 19. Barth. Romuleus *Tr. de testator. præceptis et C. n.* 225. *per L.* 1. § *pen. de inspic. ventr.* Pro validitate tamen judicii solum is citandus contra quem petitio directa: alii si non citentur, actus valet quidem inter præsentes et vocatos, actus non citatis non præjudicat, *d. L.* 47. *pr. de re jud.* Vant. *d. n.* 19. vid. Foller. *ad Marant. li. t. n.* 4. ne quidem ei de cujus interesse principaliter non agitur, Hier. Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 9 *n.* 2. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4 *n.* 457. *et n* 465. (An validus actus qui non citato non facit præjudicium, tractat Marsil. *Singul.* 30. *n* 3.) Enim vero subsequentium citationum non tanta necessitas quanta primæ, nequidem quoad reum principalem. Et in pluribus actibus est juris mere positivi, veluti ad audiendam sententiam, Maranta *h. t. n.* 10. Vant. *de Nullit. Tit. ult. n.* 107. *et* 109 ad videndum jurare testes, etc. Hinc plures casus referuntur, quibus citatio necessaria non sit, vid. Tiraq. *in tit. C. Res inter. al. act.* Myns. 2. *Obs.* 91. *et* 6. *Obs.* 6. Et Maranta sane *h. t. n.* 5. usque ad *n.* 39. regulæ istius: Citatio in quovis actu requiritur, limitationes 31. profert Tiraq. *d. loc. n.* 43: Lanc. Conrad. *de Off. præt. in Causs. civil.* v. *Citatio n.* 4. *et seqq.* 78. modis eam limitat Ant. Gabr. *Rom. Lib.* 2. *Comm. Conclus. t. de Citat. Concl.* 1. 130. Asin. denique *Praxi* §. 7. *C.* 8. casus 145. quibus non requiratur citatio percenset: quos ad 7. genera reducit Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. etc. C.* 88. *n.* 20. *et seqq.* Omnes autem ferme illic casus ad subseqq. citationes referendi. Plerique etiam ad eos qui non principaliter rei, sed quorum alias aliquod interesse videtur, pertinent. Easque quin Princeps, justa ratione motus omittere possit ambigendum non est, maxime ubi defensio nulla foret citato, Marant. *d. loc. n.* 10. Nam et tunc alius judex, si ipsi in forma Judicii id constet, citationem omittere potest. Scaccia *d. n.* 20. Mynsing. *d. Obs.* 91. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 450. et alii, cum cesset tunc caussa citationem exigens. Quin immo nostrorum doctrina usuque fori comprobatum est, ut initio generalis citatio ad totam caussam omnesque ac singulos actus judicii emitti possit eo effectu ut, si ita citatus non veniat, semper ulterius procedatur, actusque ita celebrati valeant ac si singulatim citatus foret. Quod plerique ita admittunt, quando citandus longius a Curia abest, non cum in eadem urbe moratur eive vicinus. Hic enim nullo negocio ad novum actum repeti potest citatio. Illic autem non sine magnis impensis et molestia, quam evitari expedit. Ita plerique per *C. ex litteris* 5. §. *fin. de in int. rest. C. cum dilecti* 6. *et C. ult. de dolo et contumac.* Maranta *h. t. n.* 118. Vant. *d. Tit. n.* 98. *et seq.* Asin. *Praxi* §. 7. *C.* 2. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 10. Lanc. Conrad. *d.* v. *Citatio n.* 10. Dambuder. *Praxi civ. C.* 47. *n.* 14. Gravat. ad Vestr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 15. Meland. *Comm. Cameral. p.* 2. *Membr.* 8. Et hoc forsan juri convenientius. At hæc distinctio in Camera Imp. non servatur, Gail. 1. *Obs.* 51. *in fin.* Mynsing. 4. *Observ.* 33. comprobans istud per *L.* 3. ibi: *ut veniat ad caussam, Cod. Qui accus. non poss.* ad quam resp. Meland. *d. loc.* Quæ citatio generalis (commodum litigiosi processus remedium, Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 15.) vim suam in tantum exerit ut, si plane non compareat reus, ad ipsam sententiam definitivam perveniri absque ulteriori citatione censeant Lanc. Conrad. Dambuder. et Mynsing. *dd. loc.* Quod obtinere potest, quando talis citatio post litem prius contestatam, ad omnes actus reliquos omissa, alias non nisi in casibus quibus sententia lite contestata ferri potest. Maranta *d. n.* 118. Asin. *d. C.* 2. *n.* 4. Gravat. *d. n.* 15. Sed postquam ita citatus comparuit, etsi non in primo actu post eam emissam, sed forte in medio caussæ, aut quavis alia parte instantiæ, vim citationis generalis expirare, quoad actus futuros, ad eosque denuo citandum reum esse tradunt Dambuder. *d. n.* 14. Scaccia *d. C.* 88. *n.* 11. *et* 12. Marant. *d. n.* 118. Gravat. *d. n.* 15. Vant. *d. t. n.* 112. Quod et Cameralibus visum esse memorat Blarer, in *L. diffamari d.* 6. *n.* 42. Id tamen ita declarat Scaccia *d. loc. n.* 17. si in loco judicii mansit citatus. Secus si inde domum rediit, quia cum hic ratio in loci distantia adhuc vigeat, non opus est, ait, ut denuo citetur. Quomodo et Vant. *d. loc. n.* 114. ut contumacia sic evitetur, oportere eum vel ad expeditionem caussæ manere, vel saltem, si recedat, procuratorem relinquere. In quo tres casus distinguit Asin. *d. C.* 2. *n.* 7. quem consule. Cæterum, etsi actor ipse primo termino citationis non compareat, unde citatio quoad illum actum circumducta videtur, per *L.* 73. §. 1. *de judic.* ex quo tamen facta ad totam caussam et ad duo citatum arctat, ut in termino compareat et ut ad caussam, inde si alio termino actor veniat, reo contumace, procedi potest, vid. Vant. *d. tit. n.* 111 Mynsing. *d. Obs.* 33. Jo. Pels. *Process. Tit.* 14. *n.* 2. *et* 3 Modum et formam sic citandi pete ex Asin. *d. C.* 2. *et seqq.* 5. Vantio *d. Tit. n.* 99. *et seqq.* Quid si citatus dixit nolle se comparere, an deinde ad alium actum citandus? Scaccia *d. C.* 88. *n.* 13. distinguit: Si simpliciter dixit, quia interpretatio fit ad exclusionem majoris delicti, expressio referitur ad illum actum, non ad totam caussam. Si vero adiecit

*dubium, C, de legib.* Quod tamen non eo usque producendum erit, ut etiam in eo adversario qui in jus vocationem et editionem actionis contempserit servari oporteat. Finge adversarium in jure inventum ibi conventum esse ab actore apud magistratum; conventumque, et petitione actoris cognita, statim respondisse actori, atque hoc modo cum eo litem esse contestatum. Dicemus quanvis nulla præcesserit vocatio in jus, aut actionis editio, judicium consistere nihilominus. Supervacuum est enim in hac specie requirere in jus vocationem, cum in adversario habeamus id cujus (3) caussa vocatio instituta est; huc enim spectabat ut adversarius monitus in jure se sisteret, et præsens aut per procuratorem secum agendi potestatem faceret. Nunc autem horum utrumque habemus in præsentia in isto adversario sine alia vocatione. Adde quod vocatio in jus adversarii caussa comparata est, ut et actionis editio. Huc enim pertinet ne reus contendere cogatur ubi nolit; aut contendere paratus, ne ignarus et indicta caussa damnetur; potest autem unusquisque juri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact.* Ad invitos igitur et ignorantes adversarios jus superius pertinet. Sed et in his proprie in jus vocari intelligitur (4) qui præsens est, et cui præsenti denunciatur ut judicio adsit.

se nolle venire *in ea caussa*, ulterius non citandus. Quod non aliter admittit Vant. *d. loc. n.* 98. quam si citandus longius absit. Quibus casibus a mandatis pœnalibus sine clausula judicium inchoari possit, vid. Gail. 1. *de Pa. publ.* 5.

(3) Et in toto jure quæ non propter se sed propter finem, obtento illo fine non requiruntur, arg. *L.* 20. *Cod. de pact.* junct. *L.* 9. §. 5. *de acq. do.* Donellus *ad h. tit. Codic. n.* 3. Quod expeditum si ultro respondit, de quo hic noster. Quid autem si vel ideo respondere et suscipere litem nolit quod citatus non sit? Jure Saxonum sane, si se non ideo adesse dicat, ne imparatus obruatur, citari debet ut compareat, responsurus ad proxime sequentem cognitionum diem. Landr. *Lib.* 2. *Art.* 2. Fachs. et Reinhard. *inter. diff.* Zobel. 5. *P.* 1. *n.* 8. *et* 9 Coler, *Decis.* 103. *n.* 6. *et Decis.* 142. *n.* 2. Jure autem communi res controversa est. Equidem Bartolus et sequaces ref. Fachs. *d. loc.* æque inter volentem et invitum reum hic distinguunt. Et probat Wesenb. *in Par. hoc tit. n.* 13. *cir. med.* communique praxi servari refert. Sed contra plerique, tum per *L.* 47. *pr. de re judic. L.* 29. §. *ult. de minor.* verbis: *præsente vel evocato, Auth. si omnes, C. Si minor se ab her.* tum quia superior ratio generalis, cum ad id citetur ut sit præsens, ideo præsenti non necessaria, Marant. *h. tit. n.* 12. Asin. *Praxi* §. 7. *limit.* 90. Gravat. *ad* Vestr. *Pract. Lib.* 5. 13. *n.* 7 Jo. Pels. *Process. Tit.* 11. *n.* 3. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 17. Quod et Marsil. *Singul.* 30. *n.* 1. confirmari putat per *L.* 28. *pr. et* §. *ult. de fideic. lib. L. recusare* 6. *pr. ad Trebel.* (quæ tamen LL. parum ad rem faciunt) Itaque usus Curiæ supremæ Imperii fert Gail. 1. *Obser.* 48. *n.* 4. et *Obs.* 51. *n.* 8. Myns. 7. *Obs.* 6. *n.* 8. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 2. Quin et eo ipso quod adest, præsumi citatum vult Menoch. 2. *Presumpt.* 22. *n.* 2. et Coler. *Cons.* 44. *n.* 65. *ac seqq.* add. Vant. *d. titul. n.* 16. Maranta *d. n.* 12. Plane si admonitionis caussa adesse debeat, monendus præsens de actu qui geritur, ex. gr. si testes jurare debent, Asin. *d. limit.* 90. *n.* 10. *et* 15. Menoch. 6. *Præs.* 21. *n.* 5. etsi quidam dissentiunt, ref. Maranta *d. n.* 12. Ast si defensionis caussa, dandæ petenti induciæ deliberatoriæ, vid. Mar. *d. loc. n.* 13. Asin. *d. lim.* 90. *n.* 14. Sed et si ad aliam caussam citatus comparuerit, et alia lis ei intentetur, ad eam suscipiendam absque prævia citatione non compelli. Maranta *d. n.* 13. Asin. *d. loc. n.* 9. Coler. *Cons.* 44. *n.* 14. per *L.* 2. *cir. fi.* verbis *dum quis caussam agit h. tit. L.* 54. §. 1. *de re jud.* ac melius prob. per *L.* 2. §. 3. *vers. ei quoque, de judic.* Et ita passim in Curiis servari tradit Myns. *d. Obs.* 6. *n.* 9. add. P. Æmil. *Decis. Rotæ* 107. *P.* 1. Etsi in hoc quoque aliud statuat Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 7. et 8. Wurmser. *tit.* 6. *Obs.* 14. (consuetudinem judiciorum juri contrariam esse volens) et Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. C.* 88. *n.* 25. Juxta illam declarationem non multa forsan juris civilis et Saxonici discrepantia. Certe cum duæ citationis sint caussæ, una ut veniat reus, altera ut interim ad defensionem se præparet, Marant. *d. n.* 13. ipsa ratio facit ut in posteriore præsentia reo non noceat, nec ei dilationem ad deliberandum necessariam adimat. Datis vero induciis, illa ipsa monitio judicis ut, iis lapsis, certo die iterum judicio adsit, vera citatio est, vid. *hoc N.* 15. Confer Ræv. *Protribun. C.* 9.

(4) Et hanc citationem quam ad faciem fieri DD. dicunt ex *L.* 13. §. 1. *de excus. tut.* necessariam tradunt ubicunque citandi copia haberi potest, *per L.* 1. §. 1. *de ag. Lib.* cum aliæ citationes ad domum et per edictum non nisi in subsidium admittantur, ut *N. seq.* Unde perquiri prius personam oportere censent ut ipsi citatio insinuetur, tam in suburbiis, quam in urbe et locis iis quibus eum morari credibile est, in villis item et prædiis, etc. vid. Scaccia 1. *de Judic. causs. civ. etc. C.* 45. *n.* 2. *et n.* 12. et omnes mox citati *N. seq.* Quod maxime obtinet in prima citatione et antequam citatus comparuit. Secus si semel antea judicio adfuit. *Auth. qui semel C. Quom. et quando jud.* Bover. *Sing.* 9. *n.* 13. Et si semel ante in faciem citatus, posse deinde semper domi citationem fieri, post

III. Quid ergo si aberit is cum quo agere volemus? (5) Domum ejus denunciare jubemur ut adsit. *L.* 4. §. *prætor, D. de damn. infect.* Quid si ne sic quidem veniat is cujus domum denunciatum est, aut quid si etiam adversarius domicilium certum nullum habebit, neque usquam sui conveniendi potestatem faciet? Conveniendi (6) sunt tutores

alios Grav. *ad Vestr, Lib.* 5. *C.* 13. *n.* 12. *et seq.* Scaccia *d. C.* 45. *n.* 4. P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 17. Quod tamen de iterata citatione ad eundem actum solum accipit Wurmser *Tit.* 6. *Obs.* 8. add. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 111. Et quod postea per edicta in locis publicis citari possit ut arctetur, tradit Marsil. *Sing.* 260. *per Clem.* 1. *de judic.* Sed *n.* 2. id declarat, si scilicet longe absit, nec commode in faciem citari queat; add. Hier. Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 82. *n.* 6. Plane quia durum multoties mittere viatorem cum citatione ad domicilium citandi, eundemque perquirendo (etiam si non procul a Curia degat) tempus consumere, consulitur ut judex, petente parte, cogat reum ad eligendum certum locum in civitate qua lis agitatur, ubi deinceps citetur, Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. citat. n.* 117. P. Foller. *addit. ad Marant. hoc tit. n.* 10. Jo. Pels. *dict. tit.* 12. *n.* 118. Quando reo invento vel ad faciem citato exemplum seu copia Citationis offerenda vid. Scaccia 1. *de Jud.* 45. *n.* 3.

(5) *L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam L. scire* 13. §. 1. *cir. fi. de excus. tut. L.* 1. §. 1. *de ag. Lib. L.* 39. §. 3. *de adult. L.* 2. *C. de ann. except. C. caussam* 3. *de dolo et contum. Clem. caussam,* 3. versic. *quod si forsan, de elect.* Qua de citatione ad domum pluribus Tiraq. *de Retr. lign.* §. 9. *Gl.* 2. Mathesilan. *Sing.* 132. *ibique* Gabr. Sarayna, Cujac. 7. *Obs.* 15. Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin p.* 5. §. 9. *n.* 6. *ac seqq.* Asin. *Praxi* §. 6. *C.* 1. *et* 5. *seq.* Vant. *Titul. de Null. ex def. citat. n.* 87. *et seqq.* Maranta *h. t. n.* 124. *et seqq.* Menoch. 2. *Præs.* 26. *et seqq.* Guid. Papæ *Quæst.* 255. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. Rosbach. *Process. tit.* 24. Trentacinq. 1. *Pract. Resol. hoc titul. de Citat. Resol.* 3. Meland. *Com. Cameral. P.* 2. *Membr.* 14. Ad quos ne prolixior sim quam fert institutum, remitto. Plerique sane omnes hi tradunt ei non nisi in subsidium locum esse, si facta perquisitione non potuit reperiri, ut et Bover. *Singul.* 9. *n.* 13. Coras. *in L. si finita* 15. §. *Julianus* 16. *de dam. inf. in Summa Tract.* 1. *et* 2. *decreti n.* 17. vid. *N. præced.* Et hanc ad domum citationem, (uti et quæ per edictum ut *N. seq.*) non sufficere ad hoc ut actus gravioris præjudicii absente citato teneat, nisi de malitia ejus vere vel præsumptione juris liqueat, vult Mathesilan. *d. Sing.* 132. et Saraina *ibid. n.* 6. Neque hinc vere contumacem reum fieri, sed ficte plerique prodidere. Unde nec mulctæ indictioni hic locum esse censet Bover. *d. Sing.* 9. *n.* 15. Domus autem intelligitur etiam aliena, *d. L.* 4. §. 5. *de dam. inf.* ut conducta vel precaria, Padil. ad *L. si tamen de leg.* 2. *n.* 5. et si pluries habitare solet in illa, quam majori parte anni, vel in qua major pars suppellectilis vel familiæ, Damhuder. *Praxi C.* 59. *n.* 2. vel ubi tempore citationis habitat, Damhuder. *ibid.* Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. *n.* 3. P. Æmil. *Decis. Rotæ* 117. *n.* 2. et alii passim; vel in qua residere jure tenetur, ut Clericus in loco beneficii. etc. P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 18. Et uxor citatur ad domum mariti, A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 5. An autem et quando vir in ædibus uxoris, et ut ibi habitare censeatur, vid. Menoch. 2. *Præs.* 27. Mynsing. 3. *Obs.* 37. Non autem sufficit conventum esse domesticum, etsi filius vel pater sit, si ea conventio non fiat ad locum domicilii, A. Fab. *d. t. defin.* 1. ubi et domicilii foribus affigi debet testato, si absit, vel domestico cuidam tradi, Scaccia 1. *de Judic.* 32. *n.* 23. A. Fab. *d. loc.* Ut nisi scriptis fiat, contumacem non reddat, Maranta *hoc tit. n.* 8. Asin. §. 6. *C.* 7. *Casu* 7. Hanc quoque alta voce fieri debere vulgo eliciunt ex *L. diffamari* 5. *C. de ingen. man.* verbo *vocitasse*, Cæs. Contard. post alios *ibid. C.* 1. *n.* 42. Sed immo *vocitare* est sæpius vocare, Blarer. *ibid. in Summa d. L. n.* 13. Plura de hac pete ex DD. memoratis.

(6) *L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam, d. L.* 4. §. 5. *de dam. inf.* Et si nemo domi reperiatur, vicinis denunciari potest, Damhuder. *Praxi C.* 59. *n.* 1. Quin et schedola citationis affigi debet foribus ædium *d. L.* 4. §. 6. *de dam. inf.* Guid, Papæ *Singul.* 419. Si domo careat, ad ædem sacram seu ecclesiam parochialem, *Cap. ult. de dolo et contum* Jo. Pels. *Process. tit.* 12. *n.* 31. Sed et vagabundi per edicta aut publicas proclamationes vocari possunt, vid. Maranta *hoc tit. n.* 83. *et n.* 130. Gail. 1. *Obs.* 57. *n.* 4. *et seq.* Menoch. *Recup. poss. Remed.* 3. *n.* 117. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 7. *n.* 25. *et* 2. *seqq.* Et quidem citatio per edictum non nisi in casu necessitatis adhibenda, quando nec ad domum citationis locus, Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. crim. etc. C.* 34. *n.* 7. Maranta *d. tit. de Citat. n.* 82. Gail. *d. Obs.* 57. *n.* 1. Melahd. *Com. Camer. P.* 2. *Membr.* 7. *f.* 285. Adeo ut, quoties alio modo insinuari potest, hac gravatum appellare posse velint Gail. *d. loc.* P. Greg. 2. *de Appell.* 15. *n.* 10. Coler. *P.* 3. *Cap.* 7. *n.* 27. et ipsam citationem nullius momenti esse docet Menoch. *Recup. poss. Remed.* 8. *n.* 111. *et Remed.* 13. *n.* 229. Quin nec speciali commissione Principis, vid. *h. C. N.* 8. ac solum contra eum qui procurat ne ad se veniat citatio, hanc expediri, Bover. *Sing.* 9. *n.* 25. add. Schurff. *Cons.* 82. *Cent.* 1. Et quod soli ordinario hæc licita, nec delegato nisi Principis, in casibus jure permissis et rescripto contentis, Scacc. *d. C.* 34.

aut curatores. Si hi nulli sunt, conveniendi sunt propinqui et amici absentis, non ut hi vocentur in jus cum queis nulla actio est, sed ut ab his exquiratur an velint ab-

*n.* 1. 3. 4. (add. *hujus C. N.* 8.) Qui *ibid. n.* 9. *et seqq.* casus septem percenset quibus hæc admissa, (e quibus quator refert Gail. *d. Obs.* 57. *et* 13. Maranta *d. loc.*) 1.° Quando quis effecit ne citatio ad se perveniret, *Clem.* 1. *de judic.* Scacc. *d. n.* 9. Mar. *d. loc. n.* 84. Quin et hunc pro citato haberi, ut amplius citandus non sit, per *C. quoniam* 5. §. *porro* 5. *Ut lite non cont.* Gail. 1. *Obs.* 55. *n.* 4. Jo. Rulant. *addit. ad Marant. h. tit. n.* 36. 2.° Quando non est tutus accessus, *d. Clem.* 1. *Clem. un. de foro comp.* vid. Schurff. *Cent.* 1. *Cons.* 8a. Gail. *d. Obs.* 50. *n.* 2. Vestr. *Lib.* 4. *Pract. C.* 2. *n.* 3. Mar. *d. loc. n.* 85. Vant. *d. tit. n.* 124. *et seqq.* Scaccia *d. loc. n.* 10. et 11. ubi hoc per duos testes singulares probari, et cognosci summarie 3.° Quando prius principaliter citatus contumax, vel recessit procuratore non relicto, Scaccia *ibid. n.* 13. 4.° Quando vagabundus, ut auctores ante citati; qui affigi voluut edicti litteras foribus aedium, si quas habet, vel in ea civitate ac loco ubi conversari solitus, Marant. *d. n.* 83. Gail. 1. *Obs.* 57. *n.* 5. *per L.* 4. §. 6. *de dam. inf. L.* 27. §. 2. *ad Municip.* Sed Scaccia *d. C.* 34. *n.* 14. *et C.* 45. *n.* 23. ita distinguit: Si de re soli agitur, affigenda loco rei sitæ, per *d. L.* 4. §. 6. Sin de mobili vel pecunia, ubi versari reus consuevit. 5.° Casus Scacciæ in obligatione in forma Cameræ quæ Romanis qui hodie sunt, frequentatur. qua de tractatus exstat Ant. Massæ Galesii. 6.° Quando contradictor incertus, quoties in genere omnes sua quoquo modo interesse putantes citantur *C. ult. in fi. de elect.* vid. Gail. *d. Obs.* 57. *n.* 6. *et* 7. Scacc. *d. C.* 34. *n.* 16. Mar. *d. loc. n.* 89. Marsil. *Singul.* 259. Vant. *d. Tit. n.* 142. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 8. *n.* 102. *et seqq.* Cujus citationis generalis formulam pete ex Rosbach. *tit.* 27. Quam citationem non arctatoriam, sed monitoriam nostri vocant, cum per eam optio detur cuicunque venire et obsistere, nemo autem cogatur, vid. Vant. *de Null. ex def. citat. n.* 60. Vestr. *Lib.* 4. *Pract. C.* 4. *n.* 8. Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 5. *et* 67. Surd. *Decif.* 26. *n.* 7. Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Præs. n.* 159. *et seqq.* scribens ea non fieri reum necessarium nec induci litis pendentiam. Et quod per eam inhabiles non habilitentur, uti per aliam, Contard. *in L. diffamari C.* 1. *n.* 36. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 615. *et* 2. *seqq.* vid. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 19. *et seqq.* Comparitione tamen eam ita purgari docet Lanc. *d. loc. n.* 162. ac si simpliciter sine conditione facta fuisset. Denique septimo, quando lis cum Universitate quapiam vel Collegio, per edictum propositum in loco ubi conventus haberi solitus, et si eo non pateat accessus, in porta civitatis vel loco confini affixum, vid. Mar. *d. loc. n.* 94. Vant. *d. tit. n.* 144. Gravat. *ad Vestr. Lib.* 4. *C.* 3. *n.* 12. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 33. *et seqq.* Menoch. *Recup. poss. Remed.* 8. *n.* 119. Lanc. *de Attent. p.* 2. *C.* 4. *Præs. n.* 157. *et seqq.* Affigi autem debent litteræ edicti in loco publico domicilio vicino, eove unde facilior notitia, per *L.* 11. §. 3. *de inst. act.* vid. Jo. Pels. *d. tit.* 12. *n.* 56. *et seqq.* Vant. *d. loc. n.* 140. Ex usu Cameræ tribus saltem locis viciniis affigi, eaquo a parte adversa designari debere notat Gail. *d. Obs.* 57. *n.* 10. Ipsumque autographum (vulgo originale) affigendum primitus, postea autem, ubi per aliquot horas ibi mansit, eo refixo substitui posse exemplum (vulgo copiam) vult Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. C.* 45. *n.* 17. Et quamdiu affixa hæc citatio esse debeat in loco publico, judicis arbitrii est, Menoch. *C.* 463. Effectum ejus tradit Gail. *d. Obs.* 57. *n.* 12. ut perinde arctet citatum atque quæ in personam fit, contumacemque reddat, ut procedi ulterius queat. Quod Scaccia *d. C.* 45. *n.* 21. tunc admittit, quando certus est citandus, nec in personam citari potuit ob accessum non tutum. Et quod hinc ficte contumax reddatur, audiaturque etiam contra sententiam refusis expensis, prodidit Paul. Æmil. *Decis. Rotæ* 118. *P.* 1. Quodque juranti citationem ad notitiam suam non pervenisse credatur. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 77. *n.* 11. Plura de hac repete ex Gail. *d. Obs.* 57. Scaccia *d. C.* 34. aliisque ante citatis ut et Menoch. *Recup. poss. Remed.* 4. *n.* 102. Affinis huic ea quæ fit voce preconis, vulgo citatio per proclama; quæ clara voce nuncii in platea publica, citra affixionem legitur aut pronunciatur. De qua et quibus casibus recepta sit, (non enim iisdem quibus prior, quod vox preconis paucis innotescat, facile evanescat, *Auth. qui semel C. Quom. et quan. jud. Nov.* 112. *C.* 3. Sich. ad *L.* 8. *C. d. t. n.* 1.) vid. Maranta *h. t. n.* 97. *et seqq.* Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 35. Contard. *in L. diffamari*, *L.* 6. *n.* 21. *et seqq.* Fr. Herculan. *de Probanda negativa n.* 240. *et seqq.* Asin. *de Exsecut.* §. 6. *C.* 39. *et seqq.* Cujusmodi et ea quæ in matrimoniis consueta est fieri denunciatio a parocho in suggestu, vulgo *das auffbitten*, Maranta *d. loc. n.* 102. et Scacc. *n.* 3. Etsi vero præsumptio sit quod citationis per proclama notitia pervenerit ad citatum, jurejurando tamen contrarium asseverantis creditur per *C. ult. Qui matr. accus. poss.* Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 77. *n.* 10. *et* 11. Accensent his vulgo citationem per campanam, aut tubæ sonitum, cujus usus in convocandis personis alicujus universitatis, collegii, capituli aut consilii generalis. Qua de Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 86. Marant. *h. t. n.* 111. *et seqq.* P. Greg. 48. *Synt.* 2. *n.* 10. Sed ea non est hujus loci. Etsi Cujac. 7. *Obs.* 15. in criminalibus citationem absentium reorum per triduum, *L.* 10. *de publ. jud.* buccina fieri.

sentem defendere; ea gratia ut si parati sint defensionem suscipere, conveniantur ipsi et vocentur in jus. Si nolint, conventio saltem in hoc cedet, ut declaretur absentes cum convenirentur fuisse indefensos, qui neque per se neque per alios defenderentur: Sic deinde procedatur adversus eos ea via qua adversus indefensos et sui copiam non facientes agi solet. De quo dicetur postea suo loco, neque ita multo post. Hoc in *L. hoc autem*, §. 1. *D. quib. ex caus. in poss. eat.*

IV. Postquam adversarius in primis in jus vocandus est, atque hoc modo constat vocationem hic non solum esse, sed etiam ante omnia esse debere: quæretur deinde quid sit in jus vocare, ut quod hæc definitio dictabit, sciamus in vocatione instituenda esse sequendum. In jus vocare sic explicat Justinianus in *d. §. ult. Inst. de pœn. tem. litig.* ut sit vocare ad eum (7) qui jus dicturus sit. Recte ut ex loco in quo jus dicitur intelligamus eum qui eo loco jus dicit. Hunc enim locum significat verbum juris, cum conjungitur cum verbis motum ad locum, aut consistentiam in loco significantibus, *L. pen. D. de just. et jur. L. 4. D. de interr. in jur. fac.* Quod ad rem ipsam attinet, consulto dictum est, ad eum qui jus dicturus est, ut intelligamus adversarium vocari solum recte posse ad eum qui jus dicere potest, idest qui jurisdictionem habet sive ei præsit ut magistratus, sive habeat (8) a magistratu mandatam, quales sint ii quos vulgo locum tenentes vocant. Ad hos inquam recta et utilis vocatio est, quia sunt ii quorum esse potest de re controversa jurisdictio: ad judicem datum seu pedaneum frustra quis vocetur (9) *L. 3. D. ne quis eum qui in judicium citati vertatur*, et nisi in loco propinquo degat citatus.

(7) Ita et Don. *ad Rub. Cod. h. t. n.* 8. quia in locum quo jus redditur, potest quis vocari ad scribam, advocatum vel alium; quæ tamen in jus vocatio non est. Eodem sensu dicitur in judicium vocare, *L.* 2. §. 2. *Qui satisd. cog. L.* 1. §. *pen. et ult. L. tutor* 28. *pr. de adm. tut. L.* 2. *de eo per quem fac. er.* Sicuti et cautio judicio sisti est ad prætoris sellam sisti, *tit. D. Si quis in jus voc. non ier.* Cujac. 10. *Obs.* 10. Quia judicium generalius etiam apud Prætorem dicitur, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 3. *N.* 2. *et C.* 21. *N.* 3. Et ita quod in jure fit, etiam in judicio; etsi contra, quod in judicio strictius accepto apud pedaneum nunquam dicatur in jure fieri, Vult. 1. *Discept.* 1. *pag.* 16. add. *h. C. N.* 10. Diss. Aut. Fab. *ut not. infra C.* 9. *N.* 4.

(8) Etsi enim quidam veterum in delegato dubitaverint num per nuncium aut litteras citare possit, vid. Ayrer. *Process. p.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 15. et nonnulli ab ipso delegato vocandum reum censuerint. Alii per nuncium quidem viva voce et in faciem posse, ast non per litteras domui affigendas, vid. Sieh. *ad L.* 8. *C. Quom. et quan. jud. n.* 13. *et seqq.* Quin tamen et huic (per litteras quoque) citare liceat ambigendum non est, ut post *Socin.* et *Speculat.* Asin. §. 7. *C.* 4. *n.* 5. Et probat *L.* 16. *et seqq. de Jurisd.* junct. *L.* 2. *eod.* et ea quæ *supra Lib.* 17. *C.* 8. ubi vid. *N.* 58. Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 16. *et seqq.* Quin et quando prima vice quis coram delegato citatur, necesse esse ut id scriptis fiat. Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Jud. C.* 33. *n.* 16. et Maranta *hoc tit. n.* 75. Asin. §. 6. *C.* 7. *n.* 1. Siquidem potestas delegati in citatione exprimenda, citra quam non arctat, ut citati *supra Lib.* 17. *C.* 8. *N.* 52. quibus add. Gail. 1. *Obs.* 48. *n.* 17. *et seq.* Myns. 3. *Obs.* 1. Meland. *Com. Cameral.* Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 19. Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 32. *n.* 35. excipiens nisi leve præjudicium citati vertatur, et nisi in loco propinquo degat citatus. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 8. *et* 9. Jaunin. *ib.* 1. *de Citat. reali C.* 1. *n.* 629. Sane citationem per edictum, solum per delegatum Principis, non autem inferioris expediri nostri volunt, nec nisi id diserte rescriptu delegationis concessum, cum superioris auctoritatem requirat, rigorosa et exorbitans sit. De quo adi Vant. *de Nullit. ex def. citat. n.* 125. *et seqq.* Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 6. *n.* 1. Jacob. de Bello visu *Pract. crim. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 7. Sieh. *ad L.* 8. *C. Quom. et quan. jud. n.* 13. *et seqq.* Scaccia *Lib.* 1. *Cap.* 34. *n.* 3. *et seqq.* ubi *n.* 5. similem eam esse banno. Bannire autem delegato non licet, et Marant. *tit. de Citat. n.* 39. adducens *Auth. qui semel C. Quom. et quan. jud. Nov.* 112. *C.* 3. *pr.* Unde Commissarium Cameræ, ea inconsulta, ita citare non debere docet et observari testatur Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *sub fin.* vid. tamen Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 121. Denique citatione per delegatum decreta vivo delegante, etsi hoc mortuo insinuetur, jurisdictionem perpetuatam esse judicatum refert P. Æmil. *Decis. Rotæ* 115. *P.* 1. Confer. *supra Lib.* 17. *Cap.* 8. *N.* 61. De citatione autem incompetentis itemque extra territorium citantis notabo *infra C.* 10.

(9) Plane Rev. 3. *Conject.* 10. per *pedaneum d. L.* 3. §. 1. intelligit non judicem datum, sed minorem magistratum ex iis qui neque vocationem neque prehensionem habebant, ut quæstores, Agell. 13. *Noct.* 12. *et seqq.* Hic enim ait, si non denunciata pœna evocet, sed adstricta cervice ad se trahi patiatur, eo ipso supra jurisdictionem suam jus dicit. Proinde ita tractum impune quis eximit. Sane magistratus illos quibus tribunal non fuit, pedaneos nuncupatos comprobavimus *supra Lib.* 17. *C.* 21. *N.* 7. Ast de iis *d.* §. 1. exponere non necesse est. Aut saltem ejus sen-

*jus voc. vi ex.* Optima ratione; quia ne is quidem judex esse possit in ea caussa de qua agitur, nisi in ea datus a magistratu fuerit. Ut autem detur, prius est ut adeatur magistratus a litigatoribus, qui deinde statuet utrum cognoscat ipse, an vero alium det judicem. Neque vero adhibetur, nisi cum adversarius in jus vocatus simul et actor ad magistratum juris experiendi caussa venerit. Sed nec in judice dato ulla potestas est cogendi eum qui in jus vocatus est, ut ad se veniat, si recuset. Notionem (10) enim tantum habet non jurisdictionem, eoque nec imperium quod jurisdictione est admixtum, ut suo loco diximus. Paulus definit hoc modo in *L. 1. D. de in jus voc.* ut sit in jus vocare, juris experiendi caussa vocare. Recte hoc quoque. Nun enim vocatur quisquam adversarius in jus nisi ea gratia ut apud quem id facere jus est, apud eum de jure suo experiatur; idest apud eum jure judicioque agat de ea re ob quam in judicium vocat. Id enim valet juris auctoribus formula loquendi usitata, cum dicunt de jure suo aut de re aliqua experiri. ut *L. 1. D. ex quibus caus. major. L. 1. quando de pec. annalis est act. L. 1. D. quæ in fraudem creditor.* vel jus experiri ut in superiore definitiune, *L.*

tentia æque et magis ad judices datos pertinet.

(10) Ita et Camil. Plaut. *ad Rub. D. de off. ejus Lib. 2. C. 7. n. 1.* quia nec jus cogendi, nec mulctæ dicendæ habet, Duar. *ad hoc tit. D. C. 2. et 1. Disp. 1.* Cujac. 10. *Obs.* 10. Govean. *Lib. 1. de Jurisd. n.* 34. scribens nec legi nec fando auditum ad pedaneos in jus vocari, cum jus sit locus ubi Prætor jus dicit, *L. pen. de Just. de jur.* et *totius tit. de in jus voc.* ad magistratus pertineat non ad pedaneos, Sic Donatus *in jus* ire exponit ad prætoris sellam ire, Rævar. *Protrib. C. 7.* Et omne quod in jure fieri dicitur, semper apud magistratum, nunquam apud judicem datum intelligi contendit Vult. 1, *Disc.* 1. *pag.* 13. *per L. 6. in fi. de feriis, L. 56. §. 1. Mand. L. 29. §. 1. de donat. L. ult. de cess. bonor.* et simil. ab eo prolatis. Et ita *in jure* et apud judicem opponit Plaut. *Menæchm. Act. 4. Sc. 2.* in jure et in judiciis, Cicer. 1. *de Orat.* Rævar. *d. C. 7.*, add. Turneb. 29. *Adv.* 33. Coras. 3. *Misc.* 18. Speckan. *Cent. 2. Cl. 4. Q. 10. n. 2. et* 3. Enimvero latiori sensu *jus* complecti judicium et tractationem apud pedaneum forsan non adeo absurde quis contenderet, per *L. 4. §. 1. de interr. in jure.* Nam etsi ibi *alios judices* exponat ordinarios non delagatos Baro *Lib. Var. QQ. de Jurisd. fol.* 43. in seqq. tamen *juris dicendi vel judicandi*, vocula *vel* disjungit pariter et utrumque implicat. Dici tamen potest ea verba de caussis quas ipse Prætor cognovit et disceptavit accipi debere. Confer *supra Lib. 17. C.* 21. Ast dices: Si judici pedaneo nulla vocandi auctoritas, qui igitur litem dirimere potuit? Bodin. 3. *de Rep.* 5. *initio n.* 299. pedaneos in jus vocasse scribit, sed quia imperandi jure carerent, vocatos obtemperare non coactos, nisi magistratus ipsi pro jure suæ potestatis juberent. Vult. 1. *Disc. 1. p. et seqq. et Disc.* 2. sentit in jus vocationem quidem solum dictam ad prætorem vel magistratum, citationem autem etiam ad pedaneum; etsi enim Govean. 1. *Var. Lect. ult. n.* 3. citare velit esse voce præconis vocari coram magistratu, ut *L. pen. de in int. rest. L. 73. de judic.* et Duar. 1. *Disp. 7. et ad h. t. D. C.* 2. citationem cum in jus vocatione confundi quandoque, ut *L. 8. C. Quom. et quan. jud.* Apud veteres autem jurisconsultos *citari* reum, cum ipsa die cognitionis quæ ante ei dicta fuit, in foro et tribunali per præconem evocatur, ut præsens sit necne appareat. Quod probare nititur ex *d. L. pen. de in int. rest. L. inter 10. de publ. jud.* Quintil. *Lib. 6. C.* 5. Agell. 11. *Noct.* 1. Ascon. 3. *Verrina.* Et ita Baro in *d. L. pen.* Citat præco cum inclamat jam edictis solemniter evocatum. Ac convenit Ræv. *Protrib. C.* 2. confirmans ex Apulejo *Lib.* 10. Svet. *in Tiberio et L. 28. §. pen. verbis:* iisque adesse negabitur (scilicet voce præconis post citationem) *de Fideic. Libert.* Vultejus tamen *d. C.* 2. citationem ita anguste non accipi debere ostendit, statuitque citationem generis verbum, cujus species sint in jus vocatio ad Prætorem, et citatio specialius dicta ad judicem datum. Quæ et in aliis differebant. Illa etiam propria auctoritate ut *h. C. N.* 14. Hæc non nisi jussu judicis præeunte: Illa sæpius per privatum, licet et per apparitorem petente adversario fieri potuerit; hæc per præconem vel apparitorem: illa juris experiundi; hæc facti disceptandi caussa, etc. Et probat Val. Guil. Forst. *Parat. ad h. t.* nec alienus videtur P. Greg. 48. *Synt. 2. n.* 4. Gilk. *ad Rub. C. h. t. n. 6. et 7.* quorum uberior explicatio petenda ex Vultejo. Hoc enim discrimen, uti et *juris* et *judicii* ab usu recessit, non amplius vigente veteri dandorum judicum more. Etsi quadantenus adhuc supersit, cum hodie præparatoria judiciorum usurpentur, quæ antiquitus in jure peragebantur, Vult. *d. Disc.* 1. *p.* 27. Sed et DD. vulgo ignoratum est discrimen judicis dati et ejus cui jurisdictio delegata est, vid. *Lib. 17. C. 23. N.* 4. eorumque dogmata in mores ac usus pervaserunt. Unde cum de pedanei citatione loquuntur, delegatam intelligunt, de quo *supra N.* 8. Denique Donellus noster hic tractat non de quavis vocatione in jus vel judicium, sed solum de prima, principio ordinis judiciarii, quæ juxta ritus antiquos, per naturam nulla fiebat a judice dato.

*&. de in jus voc.* vel absolute experiri, ut in *L.* 1. *D. de diver. temp. præscript.* significatione hinc ducta, quod experiri est tentare; qui autem agit judicio, tentat, quod jus de eo quod petit sententia judicis impetret. Et vere tentat; non enim certum habet se (11) consecuturum: cum fieri possit ut non sit jus ejus id quod putat aut non satis de jure suo probet, aut in bona caussa et justa probatione judex illi injuriam faciat, reum per imperitiam aut sordes absolvendo contra quam oportebat. Sed videri potest utraque definitio superior manca esse, quia utrique deest id membrum quod altera definitione expressum est. Quod secus est. Ita est enim utrumque membrum superius ut, uno posito, alterum sua sponte intelligatur. Cum enim dicimus in jus vocare esse ad eum vocare qui jus dicturus sit, non obscure hoc intelligitur esse vocare ad eum qui jus dicturus sit de ea re de qua agitur. Hoc autem est de ea de qua actor vult jus experiri. Proinde vocare hujus juris experiendi caussa. Rursum cum dicimus in jus vocare esse juris experiendi caussa vocare, necesse est continuo intelligi, esse vocare ad eum qui jus dicturus sit: quoniam de jure nostro experiri ut id nobis reddatur, non nisi apud eum possumus qui jus potest reddere sive dicere. Quod si placet omnem dubitationem tollere, licet conjungere utrumque membrum hoc modo, ut in jus vocare dicamus esse, ad eum qui jus dicturus sit, experiundi caussa vocare. Est autem vocare aliquem aliquo denunciare ei, ut eo loco adsit. Ita si vim verbi plena definitione complecti volumus, definiemus in jus vocare, ut sit (12) denunciare adversario, ut se sistat judicio ad eum qui jus dicit, juris de re certa cum eo experiundi caussa.

V. Non est satis, ad necessitatem veniendi in jus cuique imponendam, ita vocationem esse ut verbi significatio et superior definitio declarat. Vocationem talem quærimus quæ eadem justa sit; ut scilicet adversarius cum in jus vocabitur, ita vocetur ut jus præscribit. In eo certæ res sunt (13) quas jus desiderat: quarum quædam in ipsa vocatione

(11) Ita et Donellus *ad h. t. C. n.* 10. Convenit A. Fab. *ad d. L.* 1. his verbis notari dubium judicii exitum, *L.* 51. *de pecul.* et aleam *L.* 12. *de sta. hom.* quia quæstio facti in arbitrio judicantis. Facti autem interpretatio prudentissimos fallere potest. Dicitur et reus experiri, vid. *Lib.* 17. *C.* 4. *N.* 5.

(12) Ita et Don. *ad h. t. C. n.* 12. Supine Cujac. *Par. C. h. t.* In jus vocare est, ait, trahere invitum ad judicem agendi gratia, et Gov. 1. *Var. Lect. ult.* est ad magistratum manu ducere. Etsi enim ita olim in jus ire nolens cogeretur, infra *N.* 14. quis tamen ambiget quin et qui sponte veniebat recte vocatus diceretur *L.* 11. *h. t.* Neque semper vim conjunctam habuit, *L.* 19. *L.* 21. *h. tit.* Certe vis verbi *vocare* plane alia ut *L.* 3. §. *ultim.* junct. *L. seq. de testibus.*. Quin adjuncta vocationi ductio quandoque, eamque sequebatur, ni sponte veniret antestatus. Quomodo Cujac. et Govean. refellit Don. *ad h. t. C. n.* 11. et Petr. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 2. quia et Agell. 13. *Noct.* 12. prehensionem seu manu ductionem a vocatione differe docet. Cæterum hæc descriptio Donelli est primæ citationis, actus judicii præparatorii, quam et haud fere alia sententia describit Wesen. *Par. h. tit. a,* 13. Quæ et universo citationum usui in quibusvis actibus judicii non convenit. Quin et olim citatio quoque extra judicium dicebatur, vid. Robert. 3. *Sent.* 7. Vult. 1. *Disc.* 2. *p.* 26.

(13) Vulgo citationis tria extrema seu partes statuuntur. Præceptio, seu Commissio judicis: Exsecutio nuncii et ejusdem Relatio, Marauta *Speculi P.* 6. *tit. de Citat. n.* 51. Myns. 6. *Obs.* 10. *n.* 1. Wes. *Par. hoc tit. n.* 13. Sed. Vant. *de Nullit. ex def. Citat. n.* 145. 4. partes principales refert, addens formam seu conceptionem. De reliquis vid. *h. C. N.* 19. Conceptionem seu formulam hic paucis perstringemus. Cujus 6. requisita recensent Maranta *p.* 6. *h. t. n.* 63. Scaccia *Lib.* 1. *de Jud. C.* 32. Rosbach. *Tit.* 22. *n.* 17. *et seqq.* Gail. 1. *Obs.* 48. *et* 5. *seqq.* Vant. *de Nullit. ex def. citat. n.* 31. *et seqq.* Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. Ayrer. *Proc. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. Wes. *Par. hoc tit. n.* 13. Meland. *Comm. Camer. P.* 2. *f.* 267. *et f.* 278. *et seqq.* Videlicet: 1.° Nomen judicis, *L.* 80. *de judic.* tum ut sciatur an competens, tum ut jussu ejus factam appareat, itemque ut constet an ordinarius sit vel delegatus. Quin errorem in nomine ejus vitiare volunt, per *L.* 80. *de judic.* Gail. *d. Obs.* 48. *n.* 23. Ayrer. *d. loc. n.* 20. Vant. *d. tit. n.* 48. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 10. 2.° Rei, vel citandi, arg. *L.* 12. *et seqq. de except. rei jud. L. ult. C. Si per vim vel al. mo.* De quo et quid, si plures citandi, si nomen ignoretur etc. præter Gail. 1. *Obser.* 49. et modo relatos, Frider. *de Process. extrah. Lib.* 1. *C.* 6. *n.* 13. *ac seqq. Lib.* 2. *de Mand. judic. C.* 60. *n.* 2. Vestr. *Lib.* 4. *Practicæ C.* 2. *n.* 2. Fr. Herculan. *de Probanda negativa n.* 241. Myns. 5. *Obser.* 50. Et quod conveniens cuique titulus tribuendus, Rulant. *d. C.* 3. *n.* 4. Et quando demonstratio falsa citati vitiet processum in judiciis, Leand. Galganet. *de Cond. et demonstr. P.* 2. *Cap.* 2. *Q.* 6. Quid in Universitate citanda servandum Gail. *d. Obs.* 49. *n.* 6. *et* 7. Myns. *d. Obs.* 50. Damhuder. *Praxi C.* 59. *n.* 19. *et seq.* Gu. *Q.* 321. Bover. *Sing.* 9. *n.* 20. Rosbach. *d. tit.* 22. *n.* 6. *et n.* 19. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 3. *n.* 20. *et seq.* Confer Obre-

insunt: quædam extra vocationem spectantur, cum vocationem tamen ita conjunctæ ut sine his nulla sit vocatio. In vocatione ipsa ut justa sit, tria observanda sunt. Ritus vocationis, Persona vocati, Dies ad quem jubeatur judicio sistere qui vocatus est.

VI. Ritus vocationis olim nullus fuit, sed licebat privato privatum cum quo jure agere vellet per se et sua auctoritate in jus vocare, et quidem ita ut vocatum, nisi caveret judicio sistendi caussa, jus esset etiam invitum in jus ducere. Quod idoneis testimoniis compluribus probavit Duarenus (14) *lib.* 1. *disp.* *C.* 1. in quibus hæc sunt. Sic enim est apud Terentium in *Eunuch.* *act.* 4. *scen.* 6.

*Si vim facit, in jus ducito* . . . . . .

Et in Phormion. act. 5. scen. 7.

. . . . . . . . . . . , . . *in jus ambula.*

chet. *de Concip. libell. C.* 11. *n.* 16. *et seq.* Nicol. Losæ. *de Jure universit. P.* 2. *C.* 1. *n.* 63. 3.° Actoris, vel citationem petentis, cum non nisi ad ejus instantiam decerni debeat, vid. *infra N.* 18. 4.° Caussa ob quam, vid. *C. seq. N.* 1. 5.° Dies, vid. *h. C. N.* 26. et 6.° Locus quo se sistere debet, per *L.* 59. *de judic. L.* 5. *C. Quom. et quan. jud.* Sine quo citatio profusoria et obscura, per *L.* 5. §. 1. *Quod vi aut clam* Cum nec scire possit citatus ubi comparere debeat, et an is locus tutus et immunis, itemque an intra fines jurisdictionis citantis. Quod in delegato indistincte obtinet ut, loco non expresso, citationis nulla vis sit, Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 64. et ibi Foller. Vant. *d. tit. n.* 62. Gail. 1. *Obs.* 52. *n.* 12. ac omnium sententiam esse refert Scacc. *Lib.* 1. *C.* 32. *n.* 24. In ordinario vero etsi secus esse contendat Gail. *d. Obs.* 52. *n.* 13 idem statuens in iis quibus tota provincia pro tribunali est, atque in aliis inferioribus, et fere Vant. *d. t. n.* 64. Etsi item indistincte in ordinariis idem quod in delegatis statuat Rulant. *d. C.* 3. *n.* 9. (lapsu forte pennæ potius quam certo judicio.) Sicuti nec distinguit Ayrer. *d. Obs.* 2. 35. *et seq.* Verior tamen vulgata distinctio, ut si ordinario certum et solitum tribunal, id licet non expressum intelligatur tamen, per *L.* 59. *de jud.*; sin secus, locus designandus, veluti, inquiunt, a rectoribus provinciæ, quorum loco hodie Principes, Comites etc. Quod tamen varie declarant, vid. Foller. *ad Maranta h. t. n.* 64. fuse Sich. ad *L.* 5. *C. Quom. et quan. jud. n.* 3. *et seqq.* Locus autem hic oportet. 1.° Ut subsit jurisdictioni citantis, si ordinarius, per *L. ultim. de Jurisdict. C. statutum* 11. §. *in nullo* 3. *de risc. in* 6. *C. penult. de off. vicar.* Marant. *h. t. n.* 131. Vant. *d. t. n.* 61. Gail. *d. Obs.* 52. *n.* 21. vid. tamen Sichard. duobus modis limitans ad *d. L.* 5. *n.* 10. Sin delegatus, si quidem ei locus rescripto assignatus, non debet ad alium citare, Scaccia *d. C.* 32. *n.* 25. Rulant. *d. C.* 3. *n.* 10. nisi ex caussa de qua mox; sin minus eo loco jussus videtur judicare quo solet sine incommodo litigantium *tex. L.* 59. *de judic.* Vant. *d. loc. n.* 62. Nec nimis igitur sit remotus aut distans ultra diei iter, vid. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 34. Maranta *d. n.* 131. *per d. C.* 11. §. *cum vero* 1. *et* §. *cum a.* 2. *de rescr. in* 6. 2.° Ut sit honestus, non si popina vel lupanar, *L.* 21. §. *pen. de ret. arb.* Sich. *ad d. L.* 5. *n.* 9. Scaccia *d. C.* 32. *n.* 26. Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 49. et 3.° Tutus, ut et ad præsentiam judicum possit secure venire citatus, ut loquitur *C. ex parte* 47. *de appell.* et sine periculo ibi versari, libereque negocio expedito redire domum, Fac. *L.* 7. §. 6. *Quib. ex C. in poss. eat. tex. Clem.* 1. *de foro comp. Clem. pastoralis* 2. *de re jud. et simil.* Non itaque si contagio is infectus *C. ad supplicat.* 9. *de renunciat.* vid. et Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 5. Sebast. Medic. *de Casibus fort. P.* 2. *Q.* 6. *n.* 46. Atque ex hac caussa delegatus quoque is cui certus locus assignatus, eum mutare potest, alio immuni electo, Rulant. *d. C.* 3. *n.* 18. Non si ratione inimicitiarum insidiarumve citato suspectus, aut si injuriam judicis is juste veretur. Et exceptioni loci non tuti etiam locus post litem contestatam, vid. *supra Lib.* 22. *C.* 8. *N.* 28. Ac etsi quis semel comparuit nec opposuit, alia tamen vice et alio in actu opponi potest, Jac. Schult. *Obs. forens.* 8. *n.* 9. Qua de re, uti et de fide publica liberove accessu (vulgo salvo conductu et securitate) citato concesso, quæ fragilis nonnullis cautio appellatur, per *L.* 66. §. 1 *ad Trebel.* consule Gail. *d. Obs.* 52. Scaccis *d. C.* 32. *n.* 26. *et seqq.* Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 38. *et seqq.* Rulant. *d. C.* 3. *n.* 12. *et seqq.* Vant. *d. Tit. n.* 61. Ac, præter hosce et plures ab iis relatos. Bover. *Singul.* 9. *n.* 7. *et* 8. Marsil. *Singul.* 261. *et* 311. Schurff. *Cent.* 2. *Cons.* 43. Petr. Premus *Tr. de Securit. promissa*, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 109. *et seqq.* Menoch. *Arb. Ca.* 336. Moller. 2. *Semestr.* 1. Zanger *de Except. P.* 2. *C.* 5. Coler. *de Process., P.* 4. *C.* 1. *n.* 165. *et seqq.* Mascard. *de Probat. Vol.* 1. *Concl.* 17. *et* 3. *seqq.*

(14) Et ad *h. tit. D. C.* 2. *et C.* 6. Quam vim sane adhibitam negant Rob. 3. *Sent.* 1. Vant. 2. *Q.* 26. et Forner. 3. *Select.* 12. scribens aliter persuasum esse iis, qui triviali interpretum opinione imbuti. Ast abunde cum legis decemviralis auctoritate, tum classicorum auctorum testimoniis, rationibus denique ex LL. nostris adductis comprobant Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 5. *et ad L.* 108. *de R. J.* Cujac. 7. *Obs.* 10. *et ad L.* 48. *de V. S.* Petr. Gregor. 48. *Synt* 2. *n.* 23. Govean. 1. *Var. Lect. ult.* Pollet. 5. *Hist. fori* 1 Coras. *ad* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 5. *et* 6. P. Nann. *Lib.* 12. Misc. *C.* 1. Ludov. Carrio. 2. *Emend.* 12. Lips. 4. *Epist. QQ.* 26. Lambin. *ad Horat.* 1. *Satyr.* 9. *circ. si.* Theod. Marcil. *Legis* 12. *tab. collectis et interpretamento C.* 1. Gruter. 7. *Suspic.* 15. Speckh.

Et paulo post

*Rape hunc* . . . . . . . . . . . .

Apud Horat. lib 1. Sermon. Satyr. 9. in extremo:

. . . . . . . *Rapit in jus, clamor utrinque undique concursus* . . . . . . . .

Sed hic mos in usu esse desiit, sive quod parum tutum aut humanum videretur rem tantam privati cujusquam libidini adversus privatum civem permittere; sive quod videretur esse æquius rem juris experiundi caussa institutam auctoritate (15) eorum transigi, qui ipsi juri dicundo præessent. Quando id factum sit incertum; factum tamen constat

*Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 10. Perrenon. 1. *Animadv.* 19. P. Busius *ad L.* 1. *de in jus voc.* Vult. 1. *Disc.* 1. *pag.* 16. *et seqq.* Gœd. *ad L.* 9. *et ad L.* 39. §. 2. *de V. S.* Et hi quidem ambo objectis Roberti satis occurrunt. Ad quos ne prolixior sim, avidum antiquitatum Lectorem remitto. Hoc modo moneo quod hi prætereunt, Legem illam 12. tab. uti plerasque, decemviros ab Atheniensibus accepisse. Nam et apud illos sine viatore rapiendi rei potestas actori. Demosth. in *Midiam* Guil. Possard. *de Magistrat. Atheniens. C.* 25. *pag.* 537. *et seqq.* Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. Judæ. Græ. etc. C.* 4. *n.* 3. *et C.* 9. *n.* 24. (Qui et *Lib.* 1. *C.* 9. *n.* 2. apud Hebræos quoque idem viguisse affirmat auctoritate, ait, sacrarum litterarum; sed locum non adducit. Cujus legis varians lectio. Marcil. *d. C.* 1. eam sic restituit, sensu ut videtur integriori et aptiori. SI IN JUS VOCAT NEI IT, antestator IGITUR. id est deinde, postea IM, id est eum CAPITO, prehendito, abducitor SI CALVITUR, id est moretur et frustretur, *L.* 233. *pr. de V. S.* Govean. 1. *Var. Lect.* 32. Hinc calvitas, *L.* 29. §. *pen. Mand.* juxta Hal. lect. a calvis inimicis, ut apud Non. Marcell. *de Propriet. serm. C.* 1. una lectio habet, qui frustratui sunt, quod nullus iis sit pilus quo trahi rapive possint, ex ritu prisco prehendendi hostem capillo, ut ex Plaut. Sveton. *in Nerone C.* 41. Virgil. 2. *Æneid. etc.* probat Marcil. *d. C.* 1. Vel ut altera lectio habet a calvis mimis, qui rasi omnes et ridiculi ac frustratui omnibus in theatro, Marcil. *d. loc.* Gœd. *ad d. L.* 233. *n.* 2. PEDEMVE STRUIT, id est; si otiose it, vix pedem pedi præferens, ut Ræpar. *d. C.* 5. et Hæd. *ad. d. L.* 9. *n.* 7. vel si fugam meditatur, ut Marcil. *d. C.* 1. MANUM ENDO JACITO, idest injicito. Et ita potestas data obtorto collo, ut Hieron. *Lib.* 2. *Epist.* seu adstricta cervice, ut eod. sensu Juvenal. *Sat.* 10. rapiendi, trahendi. Enimvero supinius Donellus hic dicit *Ritus olim nullus.* Nam immo non nisi antestatione solemni prius facta, abducere reum licebat, ut plerique omnes ante citati. Citra eam si raperetur, injuriarum actio, ut Acron. *Horatii interpres*, Lambin. *d. loc.* Coras. *ad d.* §. 12. *n.* 5. *et* 6. Cujac. *d. C.* 16. Speckhan. *d. Q.* 10. *n.* 5. et alii relati. Nisi reus improbus esset ac intestabilis, ut fures ac lenones. Quos sine antestatione raptos probat. post Hopper. *Lib.* 3. *de fur. arte*, Ræv. *d. C.* 5. per locos Plauti *Auiular.* 4. *Sc.* 10. *et Persa* 4. *Sc.* 9. Ubi Saturio Dorpalo lenoni manus injiciens, interrogatus anne antestaretur:

. . . . *Tuane ego caussa* (ait), *carnifex, Cuiquam mortali libero aures atteram,*

Antestationis hic ritus: In jus vocaturus plerunque amicos sibi advocabat ut testes faceret recusationis rei. Sic enim antestatos dictos putat Porphirion, quod ante ceu testes advocentur quam actor reum manu possit prehendere, Ræv. *d. C.* 5. Marc. *d. C.* 1. notans Cujacium *d. Cap.* 16. volentem antestatum dici reum qui testato convenitur. Nam et *apud* Caj. 1. *Inst. tit.* 6. §. *ult.* antestatus qui emancipationi adhibetur. Horum uni, vel si nullus advocatus esset alicui de corona circumstanti, libero tamen homini, dicebat acturus *Licet antestari?* Hic si diceret *Licet*, auriculam porrigebat, seu ut Horat. 1. *Sat.* 9. opponebat petitori qui imam auriculam tertio pervellebat, repetita formula *Memento quod tu mihi in hac caussa testis eris.* Tum antestatus, *memini*; auris enim memoriæ consecrata, Plin. *Lib.* 11. *C.* 45. Est in aure ima memoriæ locus, quem tangentes antestamur. Quo alludit Virgil. *Bucol. Ecloga* 6.

. . . . . *Cynthius aurem vellit et admonuit* . . . .

De quo ritu Rævar. et Marcil. *dd. locis* Gruter. 7. *Susp.* 15. Lil. Gyrald. *Dialogismo* 9 *cir. fi.* (*Part.* 2. *Thesauri Critici Gruteriani*) Ludov. Carrio 2. *Emend.* 12. (*Parte* 3. *ejusdem*) Fr. Mod. *nov. antiq. Lect. Epist.* 17. Pollet. 5. Hist. *fori* 1. Lips. 4. *Epist. QQ.* 26. Denique quod hic Donellus dicit *sua auctoritate* quomodo obtinuerit vid. *h. t. N* 16.

(15) Et ita nostri ad quanvis citationem commissionem seu jussum judicis requirunt, et ut de eo constet per *L.* 29. §. *ult.* verbis *a præside evocato. de minor. L.* 25 *Cod. de episc. et cler. L. ult. C. de exhib. reis. C. ex parte* 2. *de rescript. et simil.* vid Guido Pap. *Sing.* 82. *n.* 5. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 24. Asin. *Praxi* §. 8. C. 1. Rosbach. *Process. Tit.* 22. *n* 24 *et seqq.* Gail. 1. *Obs.* 48 *n.* 12. Sigis. Scaccia *Lib.* 1. *de Judic. causs. civ. crim. etc. C.* 32. *n.* 7. Vaut. *tit de nullit. ex def. citat. n.* 35. *et seqq.* Ayrer. *P.* 1 *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 9. Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 277. Zobel. *P.* 1. *Diff.* 5. *n.* 2. *etc.* Hinc quæritur quando hæc commissio præsumatur; et an quando viatori dicenti se ex mandato judicis citare fides habenda, et an specialis

ex scriptis juris auctorum quæ exstant in libris nostris. Ex quibus intelligimus inolevisse jam olim hunc ritum vocationis, qui valuerit etiam Ulpiani et Pauli (16) temporibus, ut vocaretur adversarius per apparitorem auctoritate magistratus qui ob id adiretur, ut adversarium nomine vocantis venire juberet. Per viatores, idest adparitores vocationem transigi solitam declarant (17) sportulæ quas illi conventionis, idest vocationis

commissio requiratur, an generalis sufficiat. Jure Saxonum *Lib.* 3. *Art.* 56. apparitori publico et jurato citandi sine jussu speciali judicis ad petitionem partis auctoritas, et ita usu servari notat Zobel. *d. Diff.* 5. *n.* 1. discrimen a jure civili statuens, Maranta *h. t. n.* 45. Rosbach. *d. t.* 22. *n.* 26. nuncio publico jure quoque civili sine scriptis citanti credi debere per *C. cum parati* 19. *de appell.* Idque pluribus locis receptum dicit Gravat. *ad Pract.* Vestrii *Lib.* 4. *C.* 4. *n.* 23. (et Marant. *d. loc. n.* 51. in civilibus generali consuetudine etiam ad instantiam partis irrequisito judice hunc citare.) Quod in caussis levioribus admittit P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 15. et in iisdem Menoch. 2. *Præsc.* 24. si nuncius bonæ opinionis. Et quod nuncio de exsecutione quidem ut *h. C. N.* 19 ast non jussu judicis referenti et testanti credatur, nec inde jure præsumatur commissio præcessisse, nisi in actis scripta sit, jure verius censet, etsi contra consuetudines plurium curiarum habeant Vant. *d. tit. n.* 40. *et* 42. et Gail. 1. *Obs.* 54. *n.* 4. *et* 5. quia solemnitas hæc extrinseca et de suo actu non de alieno nuncio creditur. Et confirmat Menoch. 2. *Præsumpt.* 24. add. Sich. ad *L.* 8. *C. Quom. et quan. jud. n.* 9. Ayrer. *d. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 10. *et seqq. et Cap* 4 *Obs.* 2. *n.* 15. *et seqq.* Scaccia *d. C.* 32. *n.* 8. Vasq. *d. C.* 24. *n.* 2. Atque hoc sane expeditum si in scriptis fiat citatio, ubi judicis subscriptione et sigillo munita sit oportet, Scaccia *d. C.* 31. *n.* 8 *et C. seq. n* 2. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 128. Ast si verbo fiat, nunciusque sit ad quemlibet vocandum constitutus, idemque juratus, qui et certo sæpe gestamine cognoscitur, merito fides ei habenda videtur, cum et vix facile in eum suspicio falsi cadat. Enimvero et ipse judex pro tribunali monere potest partem, ut hoc vel illo die ad judicium veniat, *L.* 2. *C. Quom. et quan. jud.* Quæ citatio et monitio judicis alia efficacior. De qua vide Mathesilan. ad *d. L.* 2. Maranta *h. t. n.* 48. *et seq.* Joan. de Arnono *Pract. judic. C.* 14. Meland. *Com. Camer. P.* 2. *f.* 277. *et seqq.* Sed et si nuncius citet, præsente et mandante judice, perinde est ac si judex ipse citasset, ac effectus idem; quia non refert an ore proprio moneat judex, an per alium, Corset. *Singul.* 56.

(16) Ita et Don. noster *ad Rub. C. h. t. n.* 13. *et ad L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 3. Ac Balduin. *in not. ad L.* 15. *h. tit.* Justiniani tempore exolevisse ignominiosam illam ductionem. Modestius publica auctoritate missos viatores qui in jus vocarent. Ac Coras. *ad L.* 6. §. 1. *de Rer. div. n.* 12. *et ad* §. *pœnales* 12. *Inst. de act. n.* 7. *in fin.* sine apparitore neminem vocari posse per *L. ult. C. de exhib. reis.* Et faciunt *LL. citatæ tit. præced. initio.* Ac tempore Valentis ac Theodosii illum morem sublatum fuisse, per *d. L. ult.* censet Andr. Scheffer. *Part.* 1. *Q.* 25. *n.* 8. Verum Vult. 1. *Discr.* 1. *pag.* 23. violentam tractionem Justiniani quoque tempore in usu fuisse. Quæ enim alias ratio compositoribus juris, ut Pandectas referrent quæ ab usu recesserant? Certo autem judicum numero constituto *Nov.* 82. paulatim illam desiisse et desuetam putat, vel lege alicujus Imperatoris posterioris sublatam. Plane tempore mediæ Jurisprudentiæ quandoque viatores adhibitos una, ut non negandum, ita tunc necessarium fuisse probari vix potest vid. Rob. 3. *Sent.* 1. Vult. *d. C.* 1. *pag.* 17. qui viatoris ministerium rarius fuisse usurpatum ostendit. Enimvero et prisco quoque jure, etsi sua auctoritate trahebat actor venire nolentem nec satisdantem; Priusquam tamen vocaret, adeundus prætor libello dato, ut vadari reum liceret, id est ita vocare, ut ni vadibus satisdaret, antestatione prævia, manus injectione ad Prætorem duceretur. Quod satis constat ex Plauto *in Aulular.* 2. *Sc.* 4. ubi Euclio dicitur postulasse a prætore ut sibi liceret milvium vadari. Et in *Curcul.* 1. *Scena* 3. *initio* Horat. 1. *Satyr.* 9.

. . . . . *Casu tunc respondere vadato*
*Debebat* . . . . . . .

Atque ex caussa prætor vadimonia differebat Cic. *pro Quintio.* Plin. *Lib.* 7. *C.* 53. Juvenal. *Sat.* 3. Eoque libello subnotato a prætore, veniebat ad reum acturus et antestabatur etc. Poller. 5. *Hist. fori* 1. Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 5. *pag.* 29. Hot. *ad* §. 15. *Inst. de act. enunc.* 2 Atque hinc locis hic a nostro citatis et objectis Roberti aliorumque relatorum *supra N.* 14, initio satis commode occurri potest.

(17) De quibus ut et de sportulis judicum, ratione item appellationis, aliisque id genus vid. *tit. C. de sportulis L.* 12. §. 1. *C. de prox. sacr. scrin. Lib.* 12. *tit.* 19. *L. ul.* §. *ult. C. de priv. schol. Lib.* 12. *t* 30. *L. ult.* §. 2. *et* 3. *C. de re milit. Nov.* 8. *N.* 17. *C.* 3. *N.* 82. *C.* 7. *et* 9. *N* 123. *C.* 28 *et N* 124. *C.* 3. Cujac. 12. *Obs.* 22. *et in Nov.* 53. *p. n.* 191. *et in N.* 82. Alc. 3. *Dispunct.* 17. Coras. *in d.* §. *tripli* 24. *n* 4. *et* 5. Vult. *in* §. *omnes* 21. (*ipsi* 19.) *et seqq. Inst. de act. n.* 15. *et seqq.* Broidæ. *in Supplem. Hist. fori* Pollerii *Lib.* 5. *C.* 11. Langlæ. 6. *Semestr.* 2. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 23. Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 6. *LL. unico* Jo. Garsia Gallecus de *Expensis C.* 21. *n.* 11. *et seqq.*

in jus nomine a reo exigere solebant. Non enim exigerent, nisi publica opera, et quam defugere non liceret, in ea re uterentur. De his est in §. *tripli, Inst. de act.* Adiri autem solitum prius magistratum, ejusque auctoritatem in ea re præcessisse liquido probant hi loci duo *L. cum proponas, C. de bon. aut. jud. possid.* et *L. diffamari, C. de ingenuis manumiss.* argumenta in scriptis Ulpiani, et Pauli hæc sunt. Ulpianus in *L. si quis ex aliena, 5, D. de re judic.* scribit, eum qui ex aliena jurisdictione in jus vocatus sit ad prætorem, venire debere. Vocati enim esse *non contemnere auctoritatem prætoris.* Prius ergo hæc (18) auctoritas in vocatione intervenerat. Paulus in *L. 2. D. si quis in jus vocat. non ierit,* scribit: si quis in jus vocatus ad prætorem vel alios qui jurisdictioni præsunt non venerit, ex caussa a competente judice multa pro jurisdictione judicis damnari. Deliquit igitur qui non venit, cum non sit pœna nisi delicti coercitio, *L. aliud est fraus, D. de V. S.* Nec potest delictum esse nisi in eo, quod magistratus vocantis auctoritatem contempsit. Et hoc etiam (19) ritu nostra ætate fere passim utimur.

Coler. *de Process. p.* 3. *C.* 9. *n.* 152. *etc.* Quod a pauperibus sportulæ non exigendæ, Tiraq. *de Nobil. C.* 29. *n.* 40. Myns. 4. *Obs.* 97. *n.* 5.

(18) Ad hoc resp. Vult. 1. *Disc.* 1. *p* 17. *et seq.* ut comptempta videatur auctoritas magistratus, sufficere album ab eo propositum, etsi vocatio facta a privato, jure permittente. Verum et olim aditum libello prætorem verius videtur ut *h. C. N.* 16. Utut sit. hodie constat judicem actoris libello adeundum, quo processum sibi decerni atque adversarium citari petat. Quæ supplicatio pro extrahendo processu nostris usurpatur. In qua substantialia requisita exquisite contineri oportet, Blarer. *in L. diffamari, C.* 5. *n.* 4. Ut uno omisso, vitio laboret, et processus denegetur Meland. *Comm. Camer.* 2. *initio n.* 1. post Gail. et alios. Ut et si ex eo constet actionem non competere, Vult. *ad pr. Inst. de act. n.* 56. Et differt hæc a libello vero, quod etsi utrinque controversia exponatur, hæc tamen merita caussæ non deducit, sed summariam recensitionem controversiæ habet, petitione subnexa. Obtentaque citatione, nullius deinde est effectus, Meland. *d. loc.* Quo faciunt quæ habet Jac. Schult. *Obs. forens.* 2. Ei quoque salutares clausulæ libello adjici solitæ frustra accedunt, Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 12. Jac. Schult. *Observ. forens. n.* 16. De quo libello apte concipiendo etc. fuse P. Frider. *Lib.* 1. *de processib. extrahendis*; add. Obrecb. *Concip. libell. C.* 4. (ubi *n.* 4. plerisque locis hodie ex simplici actoris petitione reum citari) Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q* 9. *n.* 2. generaliter quidem, ait diserte et explicate caussam controversiæ inseri debere. Et sine hac, vel sine instantia ac petitione partis, emissa motu judicis proprio, citatio nullius momenti per *L.* 68 v. *petat. de judic. L. ult. ibi postulante C. de bon. aut jud. C.* 1. v. *petiisset. Extr. de judic. Auth. qui semel* verbis *reo postulante C. Quom. et quan. jud.* ubi Sich. *n.* 14. *et ad L.* 2. *C. d. t. n.* 1. Bover. *Sing.* 9. *n.* 1. Maranta *h. t. n.* 115. Vant. *Tit. de Nullit. ex def. citat. n.* 44. Gail. 1. *Obs.* 50. *n.* 3. *et seqq.* Menoch. 2. *Præsumpt.* 23. (ubi an et quando ad istantiam facta præsumatur) Scaccia 1. *de judic.* 32. *n.* 12. Ayrer. *p.* 1. *Cap.* 3. *Obs.* 2. *n.* 27. Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil.* v. *citatio n.* 4. Frider. 1. *de Process.* 1. *n.* 6. Ubi *n.* 8. exceptiones quatuor refert. Et duobus modis hanc regulam extendit, deinde 6. modis limitat Speckhan. fusius tractans, *Cent.* 2. *cl.* 4. *Q.* 8. quem adi ut et Meland. *Comm. Camer. Part.* 2. *f.* 279.

(19) Qui si non servetur, citatio nulla. Veluti si quis citationem parti per notarium cameræ non immatriculatum insinuari curet, Meland. *Comm Camer. P.* 2. *Membr.* 17. post Myns. 1. *Obs.* 78. Tametsi et privato, adeoque ipsi parti citationem a judice committi posse censeant Maranta *h. t. n.* 44. *et seqq.* Monach. *Pract. P.* 3. *n.* 4. Scaccia 1. *de judic.* 45. *n.* 11. Ubi *n.* 8. in Romana Curia ab auditoribus Rotæ dirigi citationes universis abbatibus etc. clericis et notariis etc. ut quilibet tabellio eas exsequi possit. Cæterum, ut hodie valida sit citatio, spectatur ejus tum conceptio. Cujus requisita perstrinxi *supra N.* 13. Quodque debeat fieri in forma solita et clausulis consuetis, juxta stilum Curiæ, alias suspecta, vid. Vant. *Tit. de Nullit. ex def. cit. n.* 75. *ac seqq.* Ac licet voce etiam viatoris ad jussum judicis fieri possit, per *L.* 49. §. 1. *de rec. arb.* certis tamen casibus scriptura necessaria. Quos 5. recenset Scaccia 1. *de Judic.* 33. *n. et seqq.* Maranta *h. t. n.* 75. *et seqq.* et Asin. §. 6. *C.* 7. Præcipui hi: 1.° in judice delegato, ut *h. C. N.* 8. 2.° in citatione ad domum ut *h. C. N.* 5. 3.° in persona illustri vel clarissima, *L. quoties* 17. *C. de dignit. Lib.* 12. *t.* 1. Scaccia *d. n.* 3. Asin. *d. L.* 7. Mar. *h. t. n.* 76. uti et Episcopo et Cardinali, Ant. Del Re *de juram. cal. C.* 15. *n.* 381. *et seqq.* Hinc Nobiles itemque Doctores scriptis non verbo vocari debere receptum est, Guido Pap. *Sing.* 82. *n.* 7. Corset. *Sing.* 53. Tiraq. *de Nobil. C.* 5. *n.* 187. Hart. Hartm. *Misc. Obs. C.* 14. *n.* 3. Rosbach. *Tit.* 23. *n.* 3. tum expeditio quæ continet insinuationem, vel ut vulgo exsecutionem, quæ vel ab ipso judice fit, sed rarius, nec fere nisi judicio adsit is quem alius citari petit, ut *h. C. N.* 15. vel a viatore, eove cui judex commisit. De cujus insinuationis modo et quomodo primum persona

VII. Persona non quævis idonea quæ in jus vocetur, ut quidem qui vocatur cogatur parere. Omnes vocari possunt nisi si quæ excipiantur. Exceptæ sunt autem certæ quædam edicto prætoris de in jus vocando. Et quod de his observare liceat, earum ille duos ordines fecit. Unus est eorum quos pro tempore in totum vocari vetat; in quo numero excepit magistratus populi Romani qui (20) annui erant; item eos qui necessario aliquo detinentur quo minus id honeste omittere possint, ut sunt: qui uxorem ducit, quæ nubit, qui funus familiare prosequitur, et alii nonnulli qui enumerantur in (21) *L.*

perquirenda, ea non inventa quid servandum etc. quia abrumpere oportet, remitto ad Gail. 1. *Obs.* 55. *et seqq.* Mynsing. 1. *Obs.* 77. *et* 2. *seqq.* 3. *Obs.* 90. 4. *Obs.* 54. 5. *Obser.* 51. *et* 6. *Obs.* 10. Meland. *Com. Cameral.* 20. *et* 2. *seqq.* Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 107. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 2. Lanc. *de Attent. P.* 2. *C.* 4. *Præfat. n.* 103. *et seqq.* exacte Sigis. Scacc. *Lib.* 1. *de jud. causs. civ. crim. etc. C.* 45. et relationem exsecutoris. Cum enim facti sit citatio, regulariter non præsumitur, Menoch. 2. *Præsumpt.* 22. Monach. *Pract. P.* 3. *C.* 7. quo die insinuaverit, quid citatus responderit, per *L.* 5. §. 1. *Quib. ex causs. in poss. Ord. Cam. P.* 1. *tit.* 38. item quem modum exsecutionis secutus sit, an ipsum citaverit reum, an eo perquisito nec invento ad domum etc De quo fuse Scaccia *d. Lib.* 1. *C.* 48. Asin. *Praxi* §. 9. Maraut. *h. t. n.* 54. *et n.* 127. Lanc. *d. C.* 4. *Præfat. n.* 125. *et seqq.* Damhuder. *Praxi civ. C.* 63. Et hæc relatio in actis consignanda ut de ea appareat, Gail. 1. *Obs.* 54. *n.* 7. Quod tamen et actuarius absente judice expedire potest, Myns. 6. *Obs.* 10. *n.* 10. Scacc. *d. C.* 48. *N.* 18. Atque huic relationi nuncii plerumque creditur, cumprimis quoad ea quæ ipsi commissa; haud æque de aliis, ut si dicat citatum in se injurium fuisse et contumeliosum. De quo vid. Tiraq. *de Retr. lig.* §. 8. *Gl.* 9. Menoch. *Cas.* 112. *et Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 92. *et seqq. et* 2. *Præsumpt.* 25. *ac seq.* Jacob. de Arena *Tr. de Bannitis n.* 13. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 24. Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. QQ.* 133. *n.* 10. Blater. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 50. *et C.* 6. *n.* 106. *et seqq.* Asin. *de Exsec.* §. 7. *C.* 279. *n.* 9. *et* 10. ac fuse *Praxi* §. 9. *C.* 2. *et seqq.* Gail. 1. *Obs.* 54. Myns. 6. *Obs.* 10. Maraut. *h. t. n.* 23. Ayrer. *Process. p.* 1. *C.* 4. *Obs.* 2. et alii. In Gallia non credi nisi testes adhibiti, P. Gregor 48. *Synt.* 2. *n.* 8. Ast jure Saxonico, Landr. *Lib.* 1. *Art.* 8. relatio nuncii vim habet duorum testium, Monach. *Pract. p.* 3. *C.* 8. *n.* 10.

(20) Secus in perpetuis item municipalibus, et minoribus quoque Romanis vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 4. *n.* 24. *N.* 21. *et C.* 5. *N.* 5. Nam et in *d. L.* 2. vocula *cæteros* non tam conjungit quam interpretatur, Charond. *de Juris. n.* 15. Et ratio hujus juris non in violenta manus injectione olim frequenti, de qua *supra*, ut A. Fab. *ad d. L.* 2. Potuisset enim ipsa vocatio relinqui, restricta illa violentia, sed quia eo tempore nec conveniri possunt ut *d. C.* 5. *n.* 8. Idem jus statuit Zas. *ad d. L.* 2. *n.* 3. in decurionbus civitiatum superiorem non profitentium. si ad tempus electi. Aliud autem si, durante licet magistratu, citetur ad diem finiti officii, Zas. *ibid.* et Costal. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 7. *n.* 6. Item si gravius deliquerit in officio ut *h. C.* 5. *N.* 6. et fac. *Nov.* 8. *C.* 10. *N.* 86. *C.* 4. Zas. *d. loc.* Duar. *h. t. C.* 3. belle Speckh. *d. Q.* 7. *n.* 9. *et* 10. Moribus nostris, quia magistratus fere perpetui, cessat quidem omnimoda exemptio, Duar. *ad C.* 3. *per L.* 2. *C. Ubi Sen. vel clar.* Trentac. *Lib.* 2. *Pr. Resol. Tit. de Citat. Resol.* 1. *n.* 5. Ast venia impetranda ab actore, eum parentum loco sint, *Nov.* 8. *C.* 8. *et C.* 10. §. 2. Fac. *L.* 2. *ibi quoties C. Ubi Senat. vel clar. et per L.* 13. *h. t.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 41. *p.* 37. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 54. *n.* 5. Wes. *Par. h. t. n.* 6. Sneidvin. *in* § *pœnales* 21. *Inst. de act. n* 44. Diss. A. Fab. *ad L.* 13. *h. t.*

(21) Quia vero *d. L.* 2. in singulis partibus variantes passa est interpretationes, eas excutere singulatim libet. Ait Ulpian. NEC (vocari oportet) *Pontificem dum sacra facit.* Hunc Accursius et veteres exponunt Episcopum aut Sacerdotem dum missam canit. Quod ceu a mente auctoris Ulpiani alienum merito notat Coras. 1. *Misc.* 10. *n.* 3. eum Ulpianus capita Christianæ religionis nescivererit, ejusdem infensus hostis, teste Lactan. *Lib.* 5. *Instit. Cap.* 11. Forcat. *L.* 1. *de Gallor. imperio et philos, p.* 59. Cujus vestigium exstare volunt in *L.* 1. §. 2. *de extr. cogn.* Ubi per verbum *impostorum* (pro quo Alciat. 2. *Parerg.* 23. reposuit *in posterum* nullo sensu, nulla ratione, ait A. Gent. *ad T.* 4. *C. de malef. et mathem.*) item *exorcizavit* Christianos perstringi censet Gofh. *ibid.* Duar. *L.* 1. *de SS. Eccles. minist. C.* 14. Boreb. *de Feud.* 6. 5. *n.* 14. Jo. Georg. Gœdelman. *Lib.* 1. *de Magis C.* 6. *n.* 24. Et de cultu gentilium sacrorum Ulpianus loquitur ac Pontificibus Romanis qui sacris et cærimoniis præerant, vid. Cicer. *pro domo et* 2. *de LL.* Valer. *Lib.* 2. *C.* 2. Halicarn. *Lib.* 2. Quorum item auctoritas magna in actionibus et judiciis dandis *L.* 2. §. 6. vers. *omnium de O. J.* vid. Coras. *ad d.* §. 6. *n.* 12. *et seqq.* Briss. 1. *Antiq. ult.* Obrecht. *de concip. libell. C.* 7. *n.* 8. *et seqq.* Qui primitus a Numa Pompilio instituti quatuor, eisque præfectus Pontifex Max. cujus officium describit Liv. *Lib.* 1. add. Plutarch. *in Numa*, postea alii adjecti, vid. Coras. *d. C.* 10. *n.* 13. Quos Varro 4. *de Ling. Lat.*

2. 3. 4. *D. de in jus voc.* quibus in locis et

*a ponte et facio* dictos scribit, quia ab illis pons Sublicius, totus ligneus, et sacer æstimatus, exstructus et pluries refectus. Atqui is Tiberi sub Anco Martio, qui 33. annis post Numam regnare cœpit; impositus scribitur, Halic. *Lib.* 3. Quare aut generatim a cura conficiendorum reficiendorumque pontium ea appellatio, quod sacris illi inservirent, et ut qui cis et trans Tiberim habitarent commodius in templa Deorum convenirent ut ex Onuph. Panvinio *in Civit. Romana f.* 129. *et seqq.* Ellychnius Gottlieb. *Lib.* 1. *de Montib. Pietat. Romanens. C.* 1. Aut rectius etymon Q. Mutii Scævolæ, teste Fenestrella *Lib.* 1. *a posse et facere.* Gilb. Reg. 1. *Enant.* 28. Forcat. *Lib.* 6. *de Gallorum imperio et philosoph. pag.* 866. Non quia maxima eorum potestas, juxta vulgarem sensum verbi *facere*, ut Coras. *d. n.* 13. sed quia *facere* apud Plaut. Cic. Virgil. etc. aliosque passim est sacrificare. Sane ex mente Justiniani doctrina Accursii obtinet. Cum et de quibusvis Clericis ita cautum sit *L. omnes* 33. *pr. L. de Episc. et Cler. etc.* Hinc *Lib.* 2. *Paratitlor. antiquor.* edit. a Leunclav. ita citatur hæc lex: In jus vocare Sacerdotem non oportet, dum sacerdotale munus obit, etc. Nec eos qui propter loci religionem se movere non possunt. Ita et legitur *d. Lib.* 2. *Parat. tit.* 2. etsi Rævar. 1. *Var.* 6. legat *semoveri*, intelligens eos qui ad aras Deorum vel asylum confugiunt. Unde loci religione semoveri, id est inviti abduci et in jus rapi nequeant, Cic. *Orat. pro domo*, Plaut. *Rudente Act.* 3. *Sc.* 2. Sed notatur a Cujac. 13. *Obs.* 29 (cujus rationes perrenset Goth. ad *d. L.* 2.) et Elb. Leonin. *Lib.* 1. *Emend. C.* 20. *n.* 2. *et* 3. Quia, ait, etsi asyla fuerunt perfugia ad securitatem, non tamen hic de ea agitur delinquentium securitate, qui ad pœnam evitandam aram asylumve occupant, sed qui ob religionis dedicationem commorari loco aliquo tenentur, ut olim Flamines Diales, Virgines Vestales et qui sacerdotium ita nacti ut discedere nequeant, ut *L.* 13. *de muner.* Qui nec si velint inde abire possunt, eum qui ad asylum confugerunt possint. Et de Vestalibus quoque Ulpianum exaudit Zas. ad *d. L.* 2. *n.* 13. *et in Par. h. t. n.* 4. qui et templorum custodes intelligi posse, de quibus *L. annua* 20. §. 1. *de ann. leg.* Marcus Lychlama 7. *Membran.* 22. de talibus exponit quales apud Gallos etiamnum tempore Ulpiani Druidæ fuerint, propter nemorum lucorumque quos incolebant religionem. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 18. nullos alios intelligi quam qui sacris intererant; quibus ante discedere fas non erat quam, cærimoniis omnibus peractis, sacerdos succlamaret illud I LICET de quo Taubman. *Epidico Plauti* 5. *Sc* 2. Quod placet Eberhardo Speckan. *Cent.* 2 *Cl.* 4. *Q.* 5. *n.* 7. displicet Leonino *d. C.* 20. *n.* 4. quod Ulpianus separatim duobus articulis tractet de sacra fa-

de toto hoc ordine comprehensum est. Al-

ciente, et iis qui loco se movere nequeunt; quodque loquatur de iis qui perpetuo excusantur. Accedit quod hæc L. tota non ad locum relata, unde vocari invitum non licet, alias addidisset Ulpianus *nec de domo sua*; sed tractat de personis et tempore quo non licet. Cujac. *d. C.* 29. Accurs. et DD. antiqui Monachos et Eremitas exponunt. Quibus suffragatur *Synopsis Basilic. Lib.* 7. *tit.* 8. ubi Græc. verbum ἀναχωρεῖ, unde Anachoreta, Speckhan. *d. Q.* 5. *n.* 5. itemque Græc. scholion quod refert Leunclav. *Lib.* 2. *Notat. C.* 9. Neque hoc inconveniens menti Justiniani, cum is monachorum caussas non nisi per abbates apud episcopos agitari velit, *Nov.* 79. *C.* 1. ideoque ipsi Monachi non citandi. Nec dicendum hæc verba Triboniani esse, ut Duar. *h. t. C.* 3. de monachis idem accipiens: *Sed nec eum qui equo publico in caussa publica transvehatur.* Quis hic? Accurs. et congeneres præconem interpretantur missum ut publice decreta procinat. Unde Bart. *hic n.* se vigore hujus legis præconem ob æs alienum captum liberasse. Budæ. et Zas. *hic n.* 16. ac Arn. ab. Haersolte *Act.* 8. *n.* 10. *et seq.* Transvectionem equitum intelligit a Fabio Max. institutam, quæ fiebat idibus Julii per Urbem, de qua Liv. *Lib.* 9 *in fi.* Valer. *Lib.* 2. *C.* 2. Trabeatos, ait, equites idibus Julii Q. Fabius transvehi instituit. Et paulo post equitum probationem vocat. Quam transvectionem Augustus diu intermissam reduxit, nec detrahi quenquam in transvehendo ab accusatore passus est, Sveton. *in Octav. C.* 38. Hæc cum fieret ab æde Honoris vel, ut alii, Castoris, in Capitolium, Plin. vel Cornel. Nepos *Lib. de Viris illustr.* et Halic. πομπὴν τῶν ἐχόντων δημόσιον ἵππον vocans inde Rav. 2. *Var.* 15. et Cujac. 13. 29. *ac* 21. *Obs.* 9. *et ad L.* 48. *de V. S.* pro *in caussa publica* reponunt *in Capitolium.* Et notis deceptum Tribon. putat Rævardus dum scriptum ita IN CAP. acceperit ac si esset IN CA. P. Hot. *Obs.* 21. legit: *in censu publice* ad eam transvectionem referens, de qua Plutarch. *in Pompejo* et Fest. *Lib.* 3. *et* 8. cum ad Censores in foro curuli insidentes Equites Romani post militiæ stipendia transirent, rationem militiæ, quibus sub ducibus meruerint, curationis item equorum illis reddentes. Unde censebantur, et si quis equum parum nitidum habere visus erat, impolitiæ notabatur, Agell. 4. *Noct.* 12. Sed hos notat ac receptam scripturam tuetur Perrenon. 1. *Animadv.* 17. Et immo tempore Ulpiani utraque illa transvectio exoleverat. Quin diu ante equitibus non equus de publico amplius præstabatur, uti primitus equitum nomen in turmis equorum publicorum subsistebat, Plin. *Lib.* 33. *C.* 1. sed proprio, majore in pecunia stipendio accepto, vehebantur, Coras 1. *Misc.* 11. *n.* 3. Qui de veredario locum accipit, quem Cic. *pro Quinto* volucrem nuncium, vulgo ai-

ter (22) ordo est eorum quos concedit qui- dem in jus vocari, sed non aliter quam per-

*nen Postreiter* vocamus. Nam et olim equi sumptu publico alebantur, ut si quid subiti negocii incidisset, illis subinde mutatis, cito nuncius veheretur. Qui equi veredi dicti *L. ultim.* §. 21. *de muner*, Coras. *d. loc*, *n*, 4. Et ita quoque Mynsig. *in Addit.* ad Zas. *hic lit. B.* et Hennequin. *in not*, ad Accursium *hic*. Et convenit versio Græca τὸν διὰ δημοσίαν χρείαν ὁδεύοντα τῷ δημοσίῳ δρόμῳ. Ac confirmat Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 19. *n.* 4. *ex tit. Cod*, *de Cursu publ*, *Lib.* 12. *t.* 51. Legibus enim cautum erat ne cui iter facere fas esset, sine evectionis diplomate, seu Principis permissu. ut d. *tit. passim.* Cujusmodi codicilli denotantur per diploma in *L.* 137. §. 2. *de V. O. ut* Don. *ibid*, *n.* 10. et huc accommodat Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 6. *n.* 5. Recte Marq. Freher. 2. *Parerg.* 18. Leonin. 1. *Emend.* 20. *n.* 6. *et* 9. Transvectionem hanc latius accipiunt de omni qui ob publicam caussam equo publico seu veredo vehitur. magistratus sit an privatus, civis an peregrinus; et legatus forte vel evocatus; sive evocatus ad Principem iter faciat, sive ab eo dimissus discesserit; sive ex caussa recognoscendi exercitus sive alia quacunque publica. Neque enim solemnitatem transvectionis respicit Ulpianus, sed ex generali ratione generaliter definit. Neque tam equus ipse hic præbet excusationem, quam caussa publica cui is subservit. Unde quin idem ad recensitionem et recognitionem equitum ad militiam hodie frequentatam, vulgo *die Musterung*, trahi possit vix dubium est, Old. *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 38. Confer de equo publico Sigon. 2. *Emend*, 68. *Nec qui uxorem ducat aut eam quæ nubat.* Neque enim in ea festivitate vexari et molestari convenit, Old. *d. Act.* 4. *pag.* 38. Hinc nostri, nec cum qui Doctoræ insignibus decoratur durante pompa, Zas. *hic et in Par. h. t*, *n.* 6. Rosbach. *Process. tit.* 6. *n.* 9. Monach. *p.* 3. *C.* 3. *n* 13. Quid in iis qui nuptiis intersunt? Sunt qui nec hos posse citari, arg. *L.* 3. *h. t.* ut quod ibi commiseratio, hic communio gaudii efficiat, Ilico Umm. *Disp. Process.* 5. *Th.* 6. *n.* 29. Puto necessitatem statim sequendi ad judicem his merito remitti. Ast quin denunciari vel inter epulas possit, ut ad alium diem se judicio sistant, vix est quod impediat, etsi novi nupti ab hoc quoque immunes sint. *Nec dum quis apud Prætorem caussam agit*, nisi ad majus auditorium vocetur, per *L.* 54. §. 1. *de re jud.* id est ad prætorium Principis, (etsi aliter exponat Donellus *in Commentar*, *ejusd*, *L*, 54. §. 1. Confer Gu. Pap. *Q*, 276. Et hunc necessitas excusat, *L.* 4. *pr. h*, *tit*, Unde Bart. et alii hoc ad carceratum extendunt et Cujac. 7. *Obs.* 16. ac Gedd. *ad L.* 48, *de V. S. n.* 1. compeditum ac vinctum nec sequi nec duci posse antequam solvatur. Sane ex hac caussa restitutio in integrum datur, vid. *supra Lib.* 21. *C.* 5. *n.* 13. *N.* 8. Ast citari posse ut Procuratorem mittat vult Jas. *in d. L.* 2. *n.* 10. Vide sis Coler. *ad C.* 1. *etc. dilecti* 8. *de Excep. n.* 33. *Neque funus ducentem familiare justuve mortuo facientem*, Hic quoque Accursius fluctuat, notans aliis libris legi *justa* exponens obsequia, ut lavare corpus; aliis *busta*, id est combustiones, quasi vestigium hic sit moris comburendi cadavera. Sed recte, *justa* hic et *L.* 20. §. 1. *de acq. her.* Zas. *in d. L.* 2, *n.* 38. Quo significantur exsequiæ et funerum ritus, Coras. 1. *Misc.* 12. Jac. Concenat. *Lib.* 2. *Q. C.* 9. *n.* 41. Operationes item ac feriæ denicales, Cujac. 13. *Ob.* 29. (qui et apud Ovid. 4. *Trist* et Statium *Lib.* 6. pro *busta justa* reponit. Quod tamen necesse non est.) Hinc funesta familia a tempore mortis, *L.* 28. §. *ult. de stip. serv.* ubi Gotth. Varr. 4. *de Ling. Lat.* Cujac. 6 *Observ.* 31. De quibus exsequiis, parentalibus et festis feralibus consulat harum rerum avidus præter citatos supra *Lib.* 4. *C.* 1 *N.* 4. *et seq.* Coras. *d. C.* 12. Rævar. 5. *Var.* 3. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi Pag.* 2. *Consid.* 5. *et seq*, P. Vanderan. *de Privileg. credit. O.* 3. Lipis. 1. *Elect.* 6. Marq. Freher. 1. *Pareg.* 23. Turneb. *in* 2. Cic. *de LL.* Goth. *ad Parergm.* 12. *tab.* Jo. Meurs. *Lib. sing. de funere.* Jo. Kirchmann. *Lib.* 4. *de Funeribus.* Plane a Novendialibus feriis. dictis non tam quod novem dies celebrarentur. quam quod, nono post mortem die completis ad tumulum solemnibus. funeri finis fieret, Kirchm. *Lib.* 4. *de Funer. C.* 1. ortum idem traxisse putat. quod heredes et propinqui intra 9. dies inquietari et in judicium vocari vetantur, *Nov.* 115. *C. C.* 5. ubi Goth. *Zas. ad d. L.* 2. *n.* 34. Quorum in locum moribus patriis suffecti 30. dies juxta gl. Landr. *Lib* 1. *Art.* 22. Qua de re post alios And. Scheffer *Q, pract.* 3. *p.* 1. illud declarans et restringens; quem adi. In Gallia 40. dies teste Chassanæ. *d. Consid.* 5. Sicuti et Græci hodie ceu ex *Turco-Græcia* Martin. Crusii refert Phil. Camerar, 1. *Op. succisiv.* 10, trina recordatione mortuis justa persolvunt: Tertia die qua faciei agnitio perditur: Nona qua totum corpus diffluit præter cor, et Quadragesima qua ipsum cor perit. Alii autem respici eo volunt ad Servatoris Resurrectionem. Apparitionem et Adscensionem etc. *Vel qui cadaver prosequuntur*, *L.* 3. *h. tit.* id est qui funus comitantur, ut recte Bart, et Old. *Cl*, 1. *Act.* 4. *p.* 38. etsi diss. Coras. 1. *Misc.* 12. *n* 8, quia *Nov*, 115. *C.* 5. de solis consanguineis loquitur. Sed longe alia ratio, Hic de vocatione sermo est ipso tempore quo fiunt exsequiæ, unde avocari quemcunque incivile est. Quo facit quod Rævar. *ad L.* 38. *de R. J.* differre hæc: Facit, ait, funus qui inductum pompa funebri præcedente ducit. Justa facit qui sacrificio rite peracto glebam injicit: Exsequitur funus, seu exsequias frequentat qui cadaver seu funus sequitur, Cæterum *d. L.* 3. refellit putantes

**missu suo; quo in numero habet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes pa-**

*cadavera* tantum dici bestiarum. non hominum. vid. Joseph. Castalio *Decade* 10. *Observ. in Criticos C.* 8. Subditur *L.* 4. *h. tit. Nec vel infantes.* Sed eorum tutores vel curatores. Pupillus major infante, etsi ipse citari possit, non tamen solus sed cum tutore; et si is desit, conjuncti citandi. De quo vid. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *gl.* 13. *n.* 16. *et seq.* Pinel. *ad L.* 1. *C. de bon. mat. p.* 2. *n.* 67. Myns. 2. *Obs.* 35. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. In his autem qui jure civili vocari vetantur quia pœna LL. definita non est (uti in iis qui jure prætorio in *N. seq.* judex pro arbitrio eam statuit, Hærsolte in *Adversariis Act.* 29. *n.* 12. Sneidv. *in* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 34. Old. *Cl.* 1. *Act.* 4.

(22) Quod jus eum in multis dubietates habeat, strictim exponemus. Generaliter autem sine venia non vocandi quibus reverentia præstanda est. *L. generaliter* 13. *h. tit.* Hoc autem nec nimis late accipi convenit de quibusvis honoratioribus, quomodo Tiraq. *Præfat. de Jure primig. n* 108. nec senes ita vocari juxta *Gl. d. L.* 13. Nec nimis stricte de ea reverentia quæ juris necessitate debetur, ut Duar. *h. t. C.* 4. sed quæ naturali ratione debetur, *L.* 3. *C. h. t.* non communi aliqua ex qua senibus honor habendus. de quo præter alios A. de Guev. *Horol. Princip. Lib.* 3. *C.* 19. et Beust. *ad L.* 15. *de jurej. n.* 13. sed propria et cui peculiari ex caussa conjunctionis, necessitudinis et beneficii accepti inter vocantem vocatumque locus est. Tales sunt 1.º Parentes veri, *L.* 4. § 1. utriusque sexus *d. L.* 4. §. 1. *D. L.* 3. *C. h. t.* etiam naturales *L.* 6. ut mater quæ vulgo concepit *L.* 4. §. *ult. L.* 5. et pater qui in servitute suscepit, libertate donatus *d.* §. *ult.* cujuscunque gradus, cum parentes dicantur adscendentes in infinitum, *d. L.* 4. §. 2. *L.* 10. §. 9. *h. t.* etsi usque ad tritavum proprio vocabulo nominentur, et ulteriores majores appellentur, *L.* 10. §. 7. *de gradib.* Ubi vocabulum *proprio* non opponitur *improprio*, quasi ulteriores improprie parentes; sed *communi* ut idem significet quod speciale. Quasi dicat: veri quidem sunt parentes et hi ulteriores, sed speciali nomine carent, quo tamen inferiores et ab illis et a se invicem distinguuntur, Walth. 1. *Misc.* 10. Connan. *Comm.* 1. *n.* 4. Pac. 1. *Q.* 63. Hennequin. *in not. ad* Accurs *d.* §. 7. Val Guil. Forst. 1. *Obs. succis. C.* 8. Goed. *ad L.* 51. *de V. S. n.* 3. *et ad L.* 56. §. 1. *n.* 7. Nec dicendum *d.* §. 7. ex sententia Cassii *d.* §. 2. *d.* §. 9. sublatum esse ut Val. Forst. 4. *de Success. intest.* 2. *n.* 9. Sane, ut nunc est ætas hominum, vix est ut quisquam tritavum videat, nedum remotiorem. Atque hoc non ex potestatis jure descendit, sed ex obsequio et honore jure naturæ debito 10. *L.* 2. *de Just. et Jur.* Cujac. *Obs.* 10. Unde filio semper honesta et sancta persona patris, *L.* 9. *de obseq. par* ut et matris. cui pietas æqua debetur. *L.* 4. *de Cur. fur. L.* 7. *ult. unde lib. L.* 1. § 1. *et* 2. *de obseq. par.* Merito cum et Aristot. 9 *Ethic.* 2. parentibus exhibendam τιμὴν καθάπερ θεοῖς. Qui ut Plato *Dial.* 11. *de LL.* Deorum simulachra; ut Hierocles *Lib. de Offic. liberor.* Deorum imagines certissimas. εἰκόνας θειοτάτας. Et ut Cicer. *pro Plancio.* Parens non multo secus liberis quam DEUS. Unde apud Pisidas iis ceu Diis filii libabant, ut ex Stobæo *C.* 42. *et C.* 77. refert Forner. 1. *Select.* 14. vid. Henr. Steph. *in Jur. Civ. fontibus et rivis pag.* 12. *et seqq.* Gruter. *Discus. ad Tacit. Par.* 1. et ex eo Joan. Weitz. *in not. ad Adelph. Terentii Act.* 1. *Sc.* 1. Etsi vero filiifamilias jure magis potestatis quam præcepto prætoris vocare non possint, *L.* 8. *pr. D. L.* 3 *al. ult. C. h. tit.* male tamen sentiunt qui edictum hoc pertinere ad solos emancipatis, quasi de iis qui in potestate nulla sit quæstio, quia inter eos et parentes nulla lis, Mudæ *ad* §. *pœnales* 12. *I. de act. n.* 17. Hot. *ibid. Enanc.* 3. Duar. *h. t. C.* 4. Don. *ad Rub. C. h. t. n.* 15. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 12. *n.* 11. Nam immo et ad filiosfamilias pertinet, non tantum si de castrensibus experiri velint, *d. L.* 8. *pr.* in quibus sunt pro emancipatos; pietatis autem ratio in parentes etiam militi constare debet, *L.* 1. *pr. de obseq. par.* Sed et quoties de adventitiis illis jure actio contra patrem (ex manifesta scilicet dissipatione, ut rationem reddat vel administrationem dimittat, Gord. *de Contr. stip. L.* 7. *n.* 50.) Oldend. *Cl.* 1. *A.* 4 *Q.* 4. Quibus item casibus liberis non quidem actio vera civilis, sed imploratio judicis officii contra parentes qui in potestate habent, (ut cum dos vel alimenta petuntur, vid. *L.* 12. *C.* 4. *N.* 7. *et seqq. N.* 1. *et seqq.*) venia magistratus impetrata, supplex rogatio fit, ut Bodin. 1. *de Rep.* 4. *n.* 25. Et quicunque tandem sint casus quibus filiofamilias in parentem petitio quæcunque, de quibus Old. *d. Act.* 4. *in Practica pag.* 41. etsi in ea non fit loco patrisfamilias veniæ petitio necessaria, Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n.* 5. Cujac. 10. *Obs.* 10. ut si nomine alieno agat. Nam cum ceu procurator filius agit contra patrem, quia id voluntarium officium, veniam petendam vult Mudæ. *d. loc. n.* 20. Atqui et filiusfamilias procurator dari potest, *L.* 8. *in fin. pr. de Procur.* Et ita Coras. *ad d.* §. 12. *n.* 9. filiumfamilias quidem tutorem officii necessitate excusare, *L.* 16. *h. t.* non autem procuratorem filiumfamilias quia invitus non datur. Denique si filiusfamilias de facto sine venia in jus patrem vocet. etiam cum nulla illi actio, quidni, uti reverentia læsa est, ita pœnæ locus? Etsi id negat Loriot. de *Jur. arte Tr.* 3. *de Consanguin. Ac.* 32. quod vocatio nulla nullum operetur effectum, et Mudæ. *d. n.* 17. quia ex actu nullo non committatur pœna, nisi ubi L. factum notat, *L.* 13. § 4. *de his*

**troni patronæve, de quibus in *L.* 4. et seqq. *D. de in jus voc*, adde et alios nonnullos, de**

*qui not. inf.* At immo hic L. notat factum ipsum. Et vocatio quoque talis ab emancipato facta jure nulla est, et quæcunque contra edicti prohibitionem, Petr. Barbosa ad *L. alia*, 14. *ipsi* 16. §. *eleganter.* 1. *Sol. matr. n.* 3. Nec nullitate actus pœna vitatur, si is in delictum incidat, *L.* 1. *viol. C. de sep. viol. etc.* Potestque pater et pœnam exigere et judicium nullum dicere, Gilken. post alios ad *L. ult. C. h. t. n.* 4. Licet Bover. *Sing.* 9. *n.* 4. citationem qualitate personæ expressa nullam esse, secus vero non expresso vitio. Quanvis autem in hoc filiofamilias pœnæ 50. aureorum locus non sit, (nisi tantum forte in castrensibus habeat, iisve in quæ patri nihil juris) ne alias vel ipsum patrem pœna teneat, vel elusoria sit si pater pro filio sibimet solvere tenetur; quin tamen ob irreverentiam istam quasi inofficiosus castigari possit vix ambigendum, arg. *L. ult. hoc tit.* 2.° Parentes adoptivi. *L.* 7. *h. t.* Duar. *ad hoc tit. C.* 4. Cujac. 10. *Obs.* 10. etsi extraneus sit qui in potestate adoptatum non habet, ut recte contra quosdam Forster. 5. *de Success. intest. n.* 11. *et* 3. *seqq.* et Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 36. non autem ejusdem parentes, *d. L.* 7. ubi ratio. 3.° Qui loco parentis ut Vitricus et Noverca. Quam nec mortuo marito, a privigno sine venia posse vocari contendit Cacheran. *Decis.* 31. multis hanc quæstionem tractans; subjicit tamen Senatum Pedemontanum contra pronunciasse ex communi opinione quam post Eman. Suarez sequitur Vult. 1. *Disc.* 1. *sub. fin.* et Fachinæ. 10. *Contr.* 88. et de vitrico loquens Pruckman. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 17. Ac sane furti actione vitricum et novercam teneri cautum est *L.* 3. *L.* 11. *D. de furt.* Pro Cacherano tamen cui Curt. Jun. ut et Fulgos. ac Jas. *ad L.* 1. *C. h. t. ref.* Gilken. *ibid. n.* 7. consentiunt et Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *Q.* 4. *n.* 6. est ratio generalis, *d. L.* 13. præsertim stante matrimonio. Sed nec si nomen affinitatis interierit, mortua persona per quam contracta est, vis omnis divellitur quod ad reverentiæ jura spectat. Tametsi Gilken. *in d. L.* 1. § 8. *et seq.* distinguit inter novercam quam stante solum matrimonio ita vocari negat, et vitricum quem semper posse asserit, eo quod dignitas viri ad uxorem transeat, non contra. Quæ ratio parum apta. Sic et Socer ac Socrus, etiam dissoluta affinitate, per *L.* 15. § *ult. L.* 16. *Sol. matr.* Sneidvin. *in* §. *pœnales* 12. *Inst. I. de act. n.* 40. Rosbach. *tit.* 22. *n.* 9 Oldend. *d. n.* 6. *et in tabula actionum p.* 1148. Rosacorb. *Prnct. forens. Cap.* 49. Ant. Del Re *de juram. calum. Cap.* 15. *n.* 78. Pater spiritualis, seu sacri fontis, ut volunt Bover. *Sing.* 9. *n.* 3. Hipp Riminald. *in L. ut vim* 3. *de Just. et jure n.* 261. Sneidvin. *in d.* §. 12 *n.* 42. Thadæ. Piso Soac. *ibid. n.* 8. Ant. Del Re *de juram. calum. Cap.* 15. *n.* 74. Bargal. 4. *de Dolo* 3. *n.* 15. et 12. rationibus firmat Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 52. Quod jure Canonico nimium huic cognationi tribuenti obtentu facile. Quin et de Parochis ac presbyteris, quos Patres jure Pontificio passim vocari legimus, idem adstruere tentat Jas. *in L.* 13. *h. t. n.* 3. ceu refert ac reprobat Ilico Umnius *Disp. Process.* 5. *Tit.* 7. *n.* 33. Item Patria, quæ loco parentis *L.* 1. §. 15. *de ventr. in poss. mit.* Sneidvin. *in d.* §. 12. *n.* 44. Am. ab Haersolte *Act.* 9. *n.* 14. Myns. 4. *Obs.* 92. *n.* 5. Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n.* 80. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 53. Patria enim major parens, ut Varro et Cic. 1. *de Repub.* communis omnium parens, Cic. *de Orat.* parens antiquissima ac sanctissima idem 9. *ad Attic. Epist.* cui major quam parenti debetur gratia, idem 1. *de Rep.* cui totos nos dedere et in qua nostra omnia ponere ac quasi conservare debemus, idem 2. *de LL.* Et ut Plato in *Critone* μητρός τι καὶ τῶν ἄλλων προγόνων ἀπάντων τιμιώτερόν ἐστι πατρίς καὶ σεμνότερον, καὶ ἁγιώτερον. Fac. *L.* 2. *de just. et jur. L.* 101. *Cap. pr. de L.* 3. *L.* 35. *de relig. et sumpt. fun.* Conf. Fr. Patrit. *Lib.* 6. *de Regno et Regis inst. T.* 5. P. Greg. *Lib.* 39. *Syntax. Art. mirab. Cap.* 32. Henr. Steph. *in jur. civ. font. et rivis pag.* 25. *et seq.* Christ. Coler. *Parer. Cap.* 34. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 16. *n.* 14. *et seq.* Tiraq. *L. Connub.* 7. *n.* 65. *ac seq.* et Princeps, Alex. *in* 13. *h. t.* Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 15. cui a subdito summam reverentiam deberi juris necessitate quis neget? Curiosæ diligentiæ foret locos ex sacris, aliisque auctoribus congerere. Et Princeps bonus pater patriæ, ac communis. Speckhan. 1. *Q.* 55. *n.* 22. Faciunt quæ in simili Gail. 1. *N.* 88. *n.* 8. Chassanæ. *Catal. gloriæ Mundi P.* 5. *Consid.* 24 *n.* 117. et Magistratus majores, ut *not. tit. præced.* ac Fiscus, Myns. 5. *Obs.* 92. *n.* 5. *per L. bene a Zenone* ibi *nisi ex nostra jussione. Cod. de quadr. præsc.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 55 *n.* 20. *et seq.* Ant. Del Re *d. Cap.* 15. *n* 81. *et seq.* Denique (de domino feudi post dicetur) Præceptor. Quem etsi sine venia impune vocari velit Duar *h. t. Cap.* 4. quod non necessitate legis ei reverentia præstetur, sed suasu honestatis; etsi idem DD. communiter tes e Sneidvin. *in d.* §. 12. *n* 4. inter verbalem quæ denunciatione, et realem quæ prehensione fit, citationem distinguant, et sequitur Speckhan. *Cent.* 1 *Q.* 53. *n.* 12. *et seq.* alii tamen non temere contra nituntur. Menoch. *Arb. Casu* 500. Gomez. *in Tauri* 83. *et finalem n.* 17. Rebuff. *Privil. scholar.* 70. Rosbach *Process. Tit* 22. *n.* 12. Halbritter. *Orat. de privileg. Doctorum pag.* 343. Nam parenti adjungitur §. 5. *Inst. Quib. ex cau. manum.* et Parens alter vocatur ab Imperatore Alexandro Ulpianus *L.* 4 *Locati*, et Ausonius a Theodosio; ac dicitur *filios erudire L.* 1. *C. de excusat. artif. Lib.* 10. *tit.* 64. Unde Juvenal. *Sat.* 7.

**quibus est in *L.* 1. et 2. *C. eod.* Excipiendi istos ratio hæc fuit, quia vocati si contemne-**

*Dii majorum umbris tenuem et sine pondere terram*
*Spirantesqae crocos, et in urna perpetuum ver,*
*Qui præceptorum sancti voluere parentis esse loco* . . . . . . . . . . .

Parens mentis, qui non esse, sed bene esse tribuit; quod de Aristotele prædicabat Alexander Magnus, qui meliorem reddit, *L.* 27. *de donat.* quem ingratus est qui non inter gratissimas necessitudines diligit. Senec. 6. *de Benef.* 16. Confer Zoan. *Defens. tripart. P.* 1. *n.* 87. *et seqq.* Thomas Sagittae. *Exerc. Ethic. exoter.* 3. *Th.* 5. *pag.* 69. ubi tamen eos qui majorem huic quam ipsi parenti honoris cultum deberi volunt, argute refellit 4.° Patronus et patrona, *L.* 4. §. 1. *D. L.* 2. *C. h. t.* §. *ult. Inst. de pœa. tem. litig.* cujus persona sancta liberto, *L.* 9. *de obseq. par.* sive vere sit, sive jure habeatur, ex sententia vel jurejnrando, *L.* 8. §. 1. etsi qui juravit non sit patronus quoad successionem, *L.* 14. *de jure patron.* Ant. Fab. *ad d.* §. 1. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 11. *n.* 4. collusione detecta *d.* §. 1. sive sponte manumisit, sive necessitate ex lege venditionis, *L.* 10. *pr. et* §. 1. caussa fideicommissi, *L.* 9. Ac etsi communis plurium libertus, *L.* 23. *h. t.* Civitatis tamen libertus singulos cives in jus vocat, *L.* 10. §. 4. *h. per L.* 6. §. 1. *de reg. diu.* Old. *Cl.* 1. *Act.* 4. *p.* 37. Losæ. *de Jure universit. p.* 1. *C.* 1. *n.* 21. Speckh. *d. Q.* 11. *n.* 25. Etsi jus annulorum accepit, *L.* 10. §. 3. *L. ult. de jur. aur. ann.* vid. supra *Lib.* 2. *C.* 10. n. 11. *N.* 11. Etsi patronus capite nninutus, vel etiam libertus arrogatus per obreptionem *d. L.* 10. §. 2. idest, relata conditione libertinitatis, A. Fab. *ibid.* Denique etsi alieno nomine vocetue, de quo, quia commune videtur, inferius. Excipitue. Nisi pro patrono non habeatur, veluti 1.° ex sententia vel jurejurando, *L.* 8. §. 1. *h.* 2.° Si ad jusjurandum libertum adegit, quo viduitatem sibi indiceret. *L.* 8. §. *ult. h. L.* 15. *de jur. patr.* perpetuam scilicet, secus si usque ad pubertatem liberorum, *L. pen. Qui et a quib. man.* Speckhan. *d. Q.* 11. *n.* 22. 3.° Si prostituta liberta contra legem venditionis certo casu, ut *L.* 10. §. 1. *h.* ubi vid. A. Fab. 4.° Si natalibus Princeps restituit, *L.* 10. §. 3. *h.* vid. *supra Lib.* 2. *C.* 10. *n.* 6. *et seqq. N.* 8. *et n.* 11. *ibid.* 5.° Si patronus deportatus, *L.* 10. §. 6. ita scilicet ut bonorum possessio non pateretur ut *L.* 14. §. *ult. de interd. et releg.* ut quæstioni locus sit, Ant. Fab. *ad d.* §. 6. 5.° Personæ conjunctæ patrono, ut Parentes *L.* 4. §. 1. utriusque sexus, *L.* 10. §. 5. etiam adoptivi *L.* 10. §. 7. cui non obst. *L.* 7. quæ est de parentibus naturalibus patris adoptivi, *d.* §. 7. vero de adoptivis veri patroni, dum durat adoptio *d.* §. 7. quia vinculum hoc reverentiæ civilis est, Ant. Fab. *ibid.* liberi *L.* 4. §. 1. utriusque sexus *L.* 10. §. 5. et ultra trinepotem, *L.* 10. §. 9. *h.* etiam in adoptionem alii datus filius, et nepos ex eo, *L.* 10. §. 8. non tamen adoptatus a filio emancipato, ibid. ubi vid. Ant. Fab. Speckhan. *d. Q.* 11. *n.* 13. Ac et si qui patroni, idem libertæ in jus vocantis filius, *L.* 10. §. 10. Cui reverentiam debet mater, non ut suo, sed ut patroni filio. Etiam in casu quo patronus ipse vocari potest, ubi filius innocens, *L.* 8. §. *ult. h.* vid. *supra Lib.* 2. *Cap.* 19. *n.* 6. *N.* 5. Exceptio; nisi capitis accusaverint vel in servitutem petierint libertum, *L.* 10. §. 11. et heredes etiam extranei, *L.* 1. *C. h. tit.* Heredi enim extraneo patroni debetur reverentia, *L. pen. C. de libert. et eor. lib.* quanvis heres extraneus liberti eam patrono non debeat, *L. heres* 8. *de obseq. par.* Cuj. 10. *Obs.* 10. *sub. fin.* Nec solum si de re hereditaria agatur, ut Fulgos. et Dec. *in* d. *L.* 2. sed indistinte quia L. absolute concepta. post Cyn. et Alc. *in d. L.* 2. Gifken. *ibid. n.* 3. denique uxor patroni, *L.* 1. *C. h. t.* et maritus eadem ratione, quia quem patrona colit, libertus quoque revereatue oportet. Diss. Accurs. *in d. L.* 1. *per L. liberti* 10. *C. de op. lib.* quæ tamen de operis loquens ad reverentiam non est porrigenda, alias hæc nec heredi non suo deberetur, Cujac. 10. *Obs.* 10. Speckhan. *d. Q.* 11. *n.* 16. Secus vero in tutore et curatore, item defensore actoreve patroni, *L.* 10. §. *ult.* quia personæ debetur honos non negociis, Ant. Fab. *ibid.* Nisi actor sit collegii, cujus libertus est *d. L.* 10. §. 4. Atque hi omnes nec a liberis liberti impune vocantur. *L.* 2. *C. h. tit.* Fac. *L. ult. C. de libert. eor. lib.* Quæ de libertis sancita, ad colonos censitos transfert Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *q.* 37. *et Tabula actionum pag.* 1148. quos villa cui adscripti dimisit dominus. Ad rusticos sane eos qui homines proprii usurpantur referri commode possunt (arg. eor. quæ Blarer. *in L. diffamari Cap.* 2. *n.* 23.) Zas. 1. *Sing. Resp.* 3. *n.* 84. Quanvis vero a liberto ad vasallum haud firma illatio sit, cum et illius beneficium acceptum longe majus, indeque vinculum reverentiæ artius, et mutua fide dominus quoque vasallo teneatur, Myns. 4. *Obs.* 91. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 55. *n.* 9. *et seqq.* Nicol. Intrigliol. *de Feud. Q.* 58. *n.* 11. *et seqq.* Fachin. 10. *Contr.* 89. recte tamen dicemus quod 6.° Dominus feudi vocari non debeat sine venia. Licet quidam indistincte contra nitantur, Mynsing. 4. *Obs.* 92. Gail. *de Pignorat. Obs.* 15. *n.* 4. testantes usu Cameræ opinionem eam probatam esse. Quam et sequuntur Fachin. *d. Cap.* 10. Afflict. *Decis.* 265. *n.* 36. Ant. Del Re *de Juram. calum. C.* 15. *n.* 76. Intrigliol. *d. Q.* 58. *n.* 21. Cothman. *Jur. Resp.* 50. *n.* 15. receptiorem eam vocans, ut et Sneidvin. *ad* §. 12. *Inst. de act. n.* 45. aliique quos laudat Vult. 1. *Disc.* 2. *sub. fin.* et Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 55. *n.* 8.

**rent, in jus duci poterant etiam inviti, de qua ductione mox dicetur. Hæc ductio non-**

Licet item alii inter dominum feudi solum, et qui una territorii dominus, cui vasallus etiam ut subditus subest, distinguant. Arn. de Reig. *Addit. ad d. Observ.* 92. alii inter Principem et inferiorem a Principe, quos citat Speckhan. *d. Q.* 55. *n.* 19. rationes eorum percensens. quæ tamen eo directæ solum ut probent Principem vocari non posse, non autem alium posse. Alii inter litem de ipso feudo et de re alia Alc. *in L.* 1. *C. h. n. t.* 3. Nam etsi pro affirmativa non faciat æqualitas liberti et vasalli sæpe non procedens, ast faciat omnino ratio reverentiæ præstandæ. *L.* 13. *h. t.* et quidem juris necessitate 2. *Feud.* 22. ibi *salva reverentia.* Ac jurejurando fidelitatis continetur, quod nihil facturus sit contra honorem domini 2. *Feud.* Rationemque publicæ honestatis non habent qui diversum sentiunt, ait Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *pag.* 37. Consentiunt Wesenb. *Par. h. tit. n.* 6. Speculat. Jas. et alii citati a Vult. *d. Cap.* 1. et a Rosbach. *Process. Tit.* 22. *n.* 13. Guid. Pap. *Q.* 551. *n.* 6. Ac etsi Hartm. Hartm. *Tit.* 54. *Obs.* 44. posse vocari dominum sine venia, modo vasallus utatur verbis honestis, tamen in addit. Hart. junior subdit in Camera veniam peti, idque processibus inseri debere, itaque judicatum esse. Tutiusque ac honestius esse fatetur Vult. *d. C.* 1. *sub fi:* si agendi venia prius petatur. Stilum denique curiæ hic sequendum monet Ritterskus. *Partit. feud. Lib.* 2. *Cap.* 1. *Q.* 15. recte statuens utut sit, ex caussa hac feudum non committi 7.° Maritus per *L.* 14. §. *ult. Sol. matr. L.* 1. . 7. *de rei u.r. act. junct. L.* 13. *h. t.* Cujac. 10. *Ob.* 10. Bodin. 1. *de Rep.* 3. *n.* 19. P. Barbosa *ad L. maritum* 11. *ipsi* 12. *et seq. Sol. matr. n.* 64. Tiraq. *L. Connub.* 1. *n.* 41. dissentire referens Alex. *in d. L.* 13. Uxorem autem a marito posse, Barbosa *d. loc.* et Cujac. 10. *Obser.* 10. Contra Ilico Ummius *Disput. Process.* 5. *Th.* 7. *n.* 38. tum quod reverentia mutua sit. Verum etsi uxori præcepto Apostoli 1. Petri 3. v. 7. impartiendus honor [illegible], non tamen reverentia [illegible], cum plus sit revereri et reverentia obsequium quoddam arguat, *L.* 5. *C. de obseq. patron.* Licet non nesciam quod Imperator Justinianus Theodoram suam reverendissimam conjugem nuncupet *Nov.* 8. *Cap.* 1. quo nomine a Bodino 1. *de Rep.* aliisque vapulat. Excusari fortasse an potest quod ita vocet non sui, sed subditorum ratione, quibus Augusta quoque verenda est. Ferente enim ita more seculi sui. Justinianus passim præsides quoque sibi subjectos clarissimos appellat, ut infinitæ inscriptiones legum *Cod. et Novell.* habent. Vindicatur hæc irreverentia proposita pœnali actione §. *pœnales* 12. *Inst. de act.* ac judicio 50. aureorum, *L.* 11. *L. pen. h. t.* §. *ult. Inst. de pœn. tem. litig.* quod datur caussa cognita, *L.* 10. §. pen. *L.* 11. *h. tit.* Nam si quispiam superiorum. ex. g. patronus vocatus sit, etsi quasi tutor, curator, defensor actorve, *L.* 10. §. *ult. h. tit.* et ita alieno nomine, modo qui vocavit id fecerit suo nomine. Secus si libertus tutor nomine pupilli. *L.* 16. *h. t.* Ratio differentiæ. Cum alieno nomine libertus vocat ceu tutor, pupillus ipse vocare censetur cui non est patronus. Cum vero alieno nomine vocatur patronus a liberto suo, non ideo minus irreverenter tractari videtur, Duar. *h. tit. D. C.* 5. Illic excusat officii necessitas, et fidem tutelæ solvere præstat, quam privatæ venerationi indulgere: hic nihil est quod excuset. Mudæ. *ad* §. 12. *Inst. de act. n.* 20. Ant. Fab. *ad d. L.* 16. Ubi aliud statuit necessitate ista cessante: ut si plures sint tutores, ubi curare potest ut contutores agant. Aliud item in officio voluntario: ut si Procurator filius vel libertus. Mudæ. *d. loc. n.* Confer *supra Lib.* 98. *Cap.* 3. *N.* 34. Quid si tutor ita egerit nomine pupilli contra eos quibus pupillus reverentiam debet? Edictum cessare vult Pruckmau. *Vol.* 1. *Cons.* 42 *n.* 18. et Carbon. *Practicæ Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 26. a liberto actore scilicet. Aliud si reus ut se defendat præsidem crebro interpellet, *L.* 14. *h. t.* etsi crimen retorqueat, quia hæc ipsi necessitas ab actore imposita, Ant. Fab. *ibid.* in jus, id est ad Prætorem ut ibi experiatur seu agat, ut *h. C. N.* 7. *et* 12. juxta morem judiciorum nostrorum, si primam citationem, quæ præparatoriorum principium est, insinuari curet. Aliud in sequ. judicii actibus incidentibus, ut si citetur ad videndum jurare testes, Mudæ. *d. loc. n.* 21. Aliud si libellum adversus patronum dedit, expressa conditione sua, *L.* 15. *h. t.* Non quod illa oblatio vi et impressione careat, in qua ratio edicti pendeat, ut falso Cuj. 1. *QQ. Pauli ad d. L.* 15. et A. Fab. vid. *N. seq.* Sed quia libelli porrectio est actus extrajudicialis, a qua non ut a citatione judicium incipit, Sneidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 53. Et forsan libellus is accipi debet, quo peti solent quæ de plano expediri possunt sine actione et caussæ cognitione, per *L. omnia* 71. *de R. J. L.* 9. §. 1. *de off. procons.* Licet sint qui libellum pro extrahendo processu et decernenda citatione intelligunt, Goth. Ant. *Disp. Anti Vult.* 3. *Th.* Andr. Scheffe. *Q.* Pract. 25. *n.* 26. sine permissu Prætoris. *L.* 4. §. 1. *L.* 10. §. *pen. h. t.* Neque enim veniam petitam sufficit, nisi et impetrata. *L. ult. h. t.* §. 12. *I. de act.* §. *ult.* 1. *de pœ. tem. litig.* Coras. *ad d.* §. 12. *n.* 10. Moler. 3. *Semestr.* 44. *n.* 11. quia hoc, ait, generale in omni actu ad cujus perfectionem consensus requiritur. *Cap. si religiosus* 27. *de elect. in* 6. Obtinetur autem plerumque, si actio non famosa nec pudorem suggillet, *d. L.* 10. §. *pen.* Et quia caussæ cognitio hic necessaria, *d.* §. *pen.* ad hoc evocandus adversarius cujus reverentia hic vertitur. Licet DD. vulgo aliter sentiant. Asin. *Praxi* §. 7. *Cap.* 5. *limitat.* 145. *et ult.* qui et eo ipso quod ad libellum actoris conditionem suam, quod sit filius ex. gr. non celantis, emissa

nullam ignominiæ et contemptus speciem habebat. Itaque in magistratu erat adversus

citatio; veniam concessam volunt Goth. Ant. *Th.* 3. Scheffer. *d. n.* 26. post Rosenthal. *Synops. feud. Cap.* 10. *Concl.* 23. *n.* 17. Confer *N. seq. in fin.* Ne dicas ita induci progressum in infinitum, quasi et ad isthanc citationem veniæ petitio requiratur. Nam monui ante huic edicto non nisi in ea citatione quæ fit ad agendum seu Juris experiundi caussa locum esse, datur judicium, ipso vocato, etiam calumniatori, argum. *L.* 5. §. 1. *Ne quis eum qui in jus*, Ant. Fab. *ad L. pen. h. t.* etiam filiofamilias, absente patre. *L.* 12. *h. t.* ubi vid. A. Fab. non autem heredi, nec in heredem, nec ultra annum, *L. pen. h. per L.* 35. *de O. et A.* 50. aureorum, *L.* 12. *L. pen. h.* quæ applicantur ipsi vocato, non fisco. Post alios Sueidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 50. Unde hanc pœnam nec Princeps remittit, *L.* 2. *C. h. t.* Mudæ. *ad d.* §. 12. *Inst. de act. n.* 27. Cujac. 10. *Obs.* 1. vid. tamen Gilken. *ad d. L.* 2. *n.* 8. qui non solere quidem remitti docet; posse tamen, si velit Princeps, cum auctoritate legis inducta sit. Quod si inopia laboret libertus, quasi inofficiosus castigatur, *L. ult. h. t.* Unde tritum illud: Qui non habet in ære, luat in corpore, Cassiodor. 9. *Variar. reddat debitum pœnis quod non potest compensare pecuniis*, Ambros. *serm.* 78. *Qui redhibitione substantiæ satisfacere non potest, satisfaciat ultione corporis.* Quæ citat Cujac. 1. *QQ. Pauli ad L.* 15. *h. t.* Præbeat subsidiarium tergum, cui non suppetit pecunia. Zas. *ad* §. 12. *Inst. de act.* Exempla *L.* 7. §. 3. *de jurisd. L.* 35. *de injur. L.* 1. §. *ult. de pœn. L.* 1. *C. de æd. priv. L.* 4. *C. de serv. fugit. L.* 6. *C. de mo. mulct.* 2. *Feud.* 53. §. 1. *in fin.* Facit *Exodi* 22. v. 4. Ex quo jure ortum ut dicatur Germanis *Blutarm*, quasi dicat qui non habet quo sanguinem suum redimat, Cyriac. Spangenberg. *Speculo Nobilit. Tomo* 1. *Lib.* 8. *Cap.* 6. *pag.* 1406. Qua de pœnarum commutatione consuli possunt Menoch. *arb. C.* 447. Hot. *ill. Q.* 26. Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. Ubi *n.* 28. quosdam adeo extendere refert, etsi integrum solvatur præter unum denarium, sed inique, Vasq. 3. *Ill. Contr.* 96. *n.* 30. Sueidvin. *ad* §. *pœnales* 12. *Inst. de act. n.* 37. *et seqq.* Annæ. Robert. 2. *Rer. judic.* 15. Scip. Gentil. 3. *de jurisd.* 11. et Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 40. Quam regulam in Doctoribus aliisque in dignitate constitutis non obtinere, post alios Jo. Halbritter. *Orat. de privileg. DD.* Caussa cognita, Quandoque enim mens edicti cessat, *L.* 11. *h. tit.* Ut 1.° Cum non invitus. *d. L.* 11. quia volenti fit nulla injuria. Objicitur vulgatum illud: privilegiu ob reverentiam competenti non renunciari posse, *L. ult. C. de bon. lib.* In quo diluendo multus est Petr. Barbosa *ad L. alia* 14. ipsi 15. §. *eleganter* 1. *Sol. matr.* qui, expensis rejectisque variis distinctionibus, ita resp. n. 8. Sine venia non vocari ex rei natura intelligitur, invitum non vocari sine eadem: cum vocationis natura sit, ut citatus parere debeat, *L.* 1. *in jus voc. ut cam. L.* 2. *h. tit. junct. L.* 1. *Ex quib. ca. maj.* Quare si volens veniat, non renunciat privilegio, sed summus, ait, extra casum privilegii. Tunc autem renunciaret. et irrito si ita pacisceretur: Quandocunque me vocabis in jus, semper sponte veniam. Hanc, inquit, voluntatem mutare licet. eaque mutata impune non vocatur. Hinc autem Bover. *sing.* 52. *n.* 18. non posse hoc objici post litem contestatam, quia contestando volentem evocatum appareat: immo nisi hæc exceptio in primo actu judiciali opponatur, omissam censeri, post plures Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 42. n. 19. 2.° Si pœniteat libertum, et actionem remittat, *d. L.* 11. Quod Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 4. *in defens. rei n.* 5. exponit de remisso exercitio actionis temere dictatæ, seu renunciatione instantiæ, ita ut agere alio tempore possit, venia impetrata. Quod durum alias foret si, 200 ex g. debitis, integra remittere cogeretur. Desistere autem ita posse censet usque dum lis contestatur. *arg.* 1. *C. de plus petit.* ut et Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 12. *n.* 5. post Sueidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 65. P. Barbosa *ad d. L.* 14. §. 1. *n.* 4. eodem modo accipit, quod exinde cessent molestiæ judicii. Pœnitere autem posse censet etiam postquam patronus venit, modo id faciat antequam is opponat se vocatum esse sine venia. Reprobat autem eos qui usque ad sententiam, ut et illos qui ad judicium usque acceptum hoc licere volunt. Contra Mudæ. *ad d.* §. 12. *n.* 23. remissionem totius caussæ et actionis omnimodam interpretatur; alias facilis esset renunciatio et evitatio pœnæ. Nec dixisset JC. *actionem remittat*, ubi ex significatione verbi *actionis* denotatur jus agendi per illius definitionem, quomodo remissa actio in *L. si actionem* 24. *C. de pact.* Sed sic: *errorem agnoscat, a lite desistat etc.* Neque hoc nimis grave, etiamsi debitum grande. Non enim præcise cogitur remittere, sed ita si pœnam 50. aureorum effugere velit. Ergo ubi minor summa debiti, hoc potest expedire liberto etc. ita Mudæ. Recte. Qui enim alias pœnitentia nocens esse desinit, delicto perfecto, cum et contra reverentiam vocavit et actionem dictavit? Leve enim nimis quod Barbosa *d. loc. n.* 4. reponit quod hic pœna edicto præstituta ideo temperetur, quia de rigore juris ex actu nullo pœna incurri non debuerit. 3.° Vel si vocatus non venerit *d. L.* 11. si scilicet et pœnituerit vocantem, ut verba illa *si pœniteat* et huc quoque accommodentur atque hæc accipiantur non in sensu diviso, ut DD. Sueidvin. *ad d.* §. 12. *n.* 65. Speckh. *d. Q.* 12. *n.* 6. quia, ait, in citatione non se fundare potest, qui ipse eam contempsit et in ea contumax. Male; si enim deliquit vocans, qui deliquit qui injustæ vocationi non paruit? *L.* 1. *in fi. Ne quis*

ejus dignitatem; in iis qui necessario officio detinebantur, res inhumana eos ab officio quod temporale et breve erat, ista ductione avocari; in parentibus et similibus personis erat adversus reverentiam his personis natura debitam. Tolle ductionem in jus, ut vere nostra ætate hujusmodi ductione non utimur, causssam etiam (23) vocationis adversus superiores personas denegatæ sustuleris.

VIII. De die et tempore ad quod vocandus sit qui in jus vocatur, nihil scripsi hoc loco in commentario ad hunc titulum, quia olim aut nullum hoc tempus fuit quod præstitueretur vocato; aut si quod fuit, non constituebatur vocantis voluntate, sed utriusque litigatoris consensu. Postea etiam cœpit esse legitimum: sed tamen quoniam hoc tempus aliquod esse oportet, ut scire possit reus quando se judicio sistere et actori respondere debeat; necesse est, et de eo nos hoc loco moneri, qualecunque id tempus sit, et a quibuscunque constitui putemus. Ergo olim qui in jus vocabat adversarium, vocabat ita ut vocatus statim juberetur in jus ambulare; ni sponte faceret, duceretur, raperetur etiam, si repugnaret; ut superiores illi loci declarant quos ante indicavimus ex Terentio et Horatio. Evitabat vocatus hanc ductionem et præsentem vocationem, si paratus esset cavere judicio sisti ad certum aliquem diem. Quod cum fiebat, tum actor, vocato adversario, dicebat diem ad quem ille se judicio sisteret, isque dies cautione includebatur. Et quoniam hæc cautio fere semper interponi solebat, ut vitaretur ignominia ductionis; unde eveniebat ut huic dictioni fere semper locus esset; factum est usu loquendi, ut veteribus diem dicere alicui idem esset quod alicui litem et judicium futurum denunciare, seu alicui actionem intendere, ut ostendi ad §. *adpellamus*, *Inst. de actionib.* Sed hunc diem non solus dicebat actor. Dicebat etiam reus; constituebatur enim utriusque consensu, ille ut diceret diem quo vellet judicio sisti, hic ut contra hunc ipsum diceret quo caveret se stiturum. Quod si de

*eum qui in jus*; sed in sensu composito, si pœnituit libertum re integra, delicto nondum consummato. Non autem exceptio est in rustico, nec eum error juris hic impunem reddit, *L.* 2. *C. h. t.* ubi ratio; vid. Gilken. *ibid. n.* 4. *et seq.* Menoch. *Cap.* 194. *n.* 7. *et* 2. *seqq.* Choppin. *de Priv. rust. Lib.* 1. *P.* 2. *Cap.* 5. *initio.* Conf. Menoch. *Recup. Poss. Remed.* 9. n. 17. *et seqq.* *et* n. 57. *ac seqq.* Nec in milite, arg. *L.* 1. *pr. de obseq. par.*

(23) Ita et Don. *ad Rubr. C. h. t. n.* 15. *et n.* 18. *et ad* §. *pœnales* 12. *I. de act.* (addens ibi etsi satisdatione ductio inverecunda evitetur, turpe tamen his personis cavere cogi ut eam evitent) Et Cujac. 10. *Obs.* 10. et 4. *Pauli ad edict. in L.* 1. 5. *et* 7. *h. t.* Balduin. *in not. ad L.* 15. *h. t.* Vult. 1. *Disc.* 1. *pag.* 24. A. Fab. *C. suo h. t. defin. ult.* qui ita judicatum testatur. Et Zang. de *Except. P.* 2. *Cap.* 9. *n.* 9. sæpe reis injunctam litis contestatæ exceptionem hac rejecta, eum eo ipso quod judex ad instantiam partis citat, veniam indulgeat, quomodo et Pruckm. *Vol.* 1. *Cons.* 42. *n.* 21. *et seq.* usum edicti in Curia Brandenburgensi nullum superesse perhibens. Sed melior sententia aliorum. Fachinæ. 10. *Contr.* 87. Oldend *Cl.* 1. *Act.* 4. *in Practica n.* 3. Gilken. ad *L.* 1. *C. h. t. n.* 4. *et* 5. Goth. Ant. *Disp. Anti. Vult.* 3. *Th.* et 13. *seqq.* Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 25. Siquidem edicti caussa non in ductione violenta posita fuit, ut istis persuasum est. Quidni enim ipsa vocatio a manus injectione separari potuisset, uti alias *L.* 18. *et seqq. h. t.* Fach. *d. loc.*? Quidni ita caveri ut hi vocari quidem possent et sequi cogerentur, sed duci non possent, arg. *L.* 48. *de V. S.* ni tamen venirent, contumaces haberentur? Quis vero, inquam, credat permissu prætoris venia data, tunc quidem contemptim duci potuisse parentes, patronos etc.? Quis credat casibus iis quibus venia non necessaria, ut cum tutorio nomine quis parentem patronumve vocaret, *L.* 16. *h. t.* obtorto collo eundem rapi potuisse? Id vero equidem consequens foret. Sed ratio edicti sive præcipua ut Goth. Ant. sive, quod magis est, sola ut Fach. et Scheffer. *dd. loc.* quæ in *L.* 10. §. *pen. h. t.* ne temere in jus vocentur et famosæ forte actiones illis dicentur. Unde caussæ cognitio necessaria, an venia danda sit, *d.* §. *pen.* Et ea quidem exactior, ut Gilken. *d. n.* 5. ne tales personæ etiam de minimis conflictentur, licet de iisdem alii recte conveniantur. Nam viget immo edictum in jus vocati ut eant, etiam in his personis *L.* 1. *et* 2. *de in jus voc.* post permissum scilicet: neque tamen abductioni inverecundæ locum esse credendum est. Sed nec nostri temporis usu edicti vim expirasse probat Got. Ant. *Thes.* 10. quia alias frustra pro tribunali Spirensi tractata fuisset controversia, an vasallus sine venia etc. ut *supra N.* 22. v. *Dominus feudi etc.* De qua tamen contrariæ ejusdem Curiæ sententiæ ut ibid. Longe autem alia est generalis petitio actoris pro decernenda citatione, et commissio judicis, in quavis vocatione etiam extranei hodie necessaria, ut *h. C. N.* 15. *et N.* 18. ab hac veniæ petitione et concessione. Ubi et actori qualitas personæ suæ, et quam reverentiam debeat reo, exponenda; item qua actione experiri velit. Et judici caussæ cognitio adhibenda, num eam actionem contra parentem, exempli gratia, indulgere an denegare debeat. Unde permissio generalis, maxime dissimulante actore suam conditionem, impunem non reddet, Oldend. *d. n.* 3. Got. Ant. *d. loc. Thes.* 5. *et* 8.

die inter eos non conveniret, sic dicebat diem actor ut, si brevius tempus videretur reo, moderatum spacium judex statueret, *L. de die*, in princ. *D. Qui satisd. cog.* sic tamen ut in hunc postea reus consentiret. Hinc factum est ut hic dies non jam simpliciter dici, sed verbo composito condici diceretur, quia scilicet simul dicebatur ab utroque ex litigatoribus. Ex quia mutua hæc diei condictio ad futurum judicium et actionem adversus vocatum eo die exercendam spectabat, factum hinc quoque ut veteribus ipsa actio ad quam hæc diei condictio referebatur, eodem nomine appellaretur, dicereturque condictio. Pertinuitque revera hæc adpellatio ad omnes actiones, non in personam solum, sed etiam in rem. Sed discretionis caussa paulatim usus obtinuit, ut verbum commune quod erat, contraheretur ad actiones in personam, atque hæ solæ dicerentur (24) condictiones; actiones in rem proprio nomine adpellarentur vindicationes, ut pluribus exposuimus ad *d. §. adpellamus, Inst. de actionib.* Quod quidem eo loco conveniebat, ubi de origine hujus verbi agitur, sed hæc ipsa origo ex ea diei mutua dictione est de qua nunc loquimur.

IX. Postea totum hoc tempus desiit esse in condictione actoris, cœpitque esse legitimum; nam ante tempora Justiniani hic mos inoleverat, ut in jus vocato libellum actionis simul edi oporteret: tum deinde parato cavere judicio sistendi caussa, non is dies esset ad se sistendum, quem actor diceret, sed justi dies 10. intra quos vocatus deliberaret utrum cederet nec ne, deinde his exactis judicio se sisteret. Justinianus postea tempus hoc legitimum conduplicavit, (25) et 20. dies dedit. Hoc ille in *Novel. de exhibend. reis* 53. *§. sancimus igitur*; unde *Auth. offeratur, C. de litis contestat.* Hoc tempore legitimo constituto, non fuit necesse in jus vocato diem dicere, quia etsi dictus non esset, hic tamen dies legitimus futurus erat, quo finito, qui vocatus erat judicio se sistere deberet; sed et si minorem diem actor diceret, frustra fieret invito reo, cui tempus lege datum lege adimi non potuit. Atque hoc modo desiit illa diei condictio vetus de qua diximus. Ex quo est quod Justinianus scribit in *d. §. adpellamus, Inst. de actionib.* Nunc abusive condictionem dici actionem in personam, quia hoc tempore nulla eo nomine denunciatio et condictio fiat, intellige nullam talem qualis veteribus, a quibus hæc adpellatio primum nata est, in usu erat. Hodie fere in omnibus locis hoc jure utimur, ut actori sic liceat adversarium vocare in jus, ut ei quem velit diem dicat quo se judicio sistere debeat. Qui si vocatus ad diem adfuerit et petere ei videtur longius tempus ad deliberandum cedere an contendere debeat, ita id impetrat ut magistratus (26) dilationem ei pro caussæ qualitate tribuat.

(24) Vid. *supra Lib.* 2. *Cap.* 2. *N.* 10.

(25) Et confirmatur *Nov.* 82. *et N.* 96. Qui ab eo die numerantur quo reus per executorem in judicium vocatus est, ut Cujac. *in d. Nov.* 53. vid. idem *de Divers. tem. præscript. Cap.* 9. Olim diversi erant cognitionum et postulationum dies. Nec diebus cognitionum in jus vocatio aut editio fieri poterat, vid. Ræward. *Protrib. Cap.* 4. Et quod a receptione citationis tempus computetur, nec in id dies quo recepit una computetur, usu Curiarum et Cameræ receptum dicit Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 129. Gail. 2. *Observ.* 48. *n.* 13. de qua vid. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. Cap.* 18.

(26) Vid. Rosbach. *Diff. jur. civ. et can. Lib.* 3. *Tit.* 10. *n.* 1. *et* 2. Add. Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 20. (de usu Cameræ testatus) Ayrer. *Parte* 1. *Cap.* 3. *Obs.* 2. *n.* 62. Vant. *Tit. de nullit. ex defectu Citat. n.* 7. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 115. quia intra quantum tempus reus deliberare aut se instruere possit, lege definiri certa nequit, cum ex qualitate negocii pendeat, Fac. *L.* 1. *de jure lib. L.* 2. *§. utrum autem* 7. *Test. quom. ap. L.* 72. *de judic.* In Curiis Elect. Sax. ut et supremo appellationis judicio plerumque sex hebdomadæ et tres dies concedi notat Monach. *Pract. P.* 3. *Cap.* 5. *n.* 12. Add. Coler. *Decis.* 110. Cæterum anceps nostrorum contentio, num die non adjecto, vel sine præfixione termini valeat citatio? Et quidem affirmativa ac quod tacite insit tempus, quamprimum venire poterit, communis dicitur a Scaccia 1. *de Judic.* 32. *n* 7 et Gravat. *ad Pract.* Vestrii *lib.* 4. *Cap.* 2. *n.* 11. Vant. *d. tit. n.* 71. post Boer. *Decis.* 235. *n.* 2. ubi quantocyus comparere debere, cum quodam temperamento tamen, ne illico currere teneatur, argum. *L.* 105. *de sol.* Nituntur hi *Cap. cum parati*, 19. *de appell. Cap. eos*, 22. *in fin. sent. excomm. in* 6. *L. ult. in fin. Quod vi aut clam.* Sed negativa contraria verior, quam etiam communem dicit Foller. *ad Marantam h. t. n.* 65. quam post Bart. *in L.* 118. §. 1. *de V. O.* et alios probat Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 22. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 3. *Obs.* 2. *n.* 65. Pro qua 1.° *textus clari L. ult. §.* 2. *ibi certo tempore statuendo, Cod. de jur. dom. imp. L.* 2. verbis: *certo dierum spatio a judice definiendo, Cod. ubi in rem act. L.* 5. §. 1. *Quod vi aut clam. Cap. cum dilecti* 6. vers. *volentes de dolo et contumac.* 2.° ratio evidens, quia sine die citatio obscura et incerta. Vaga autem nimis et incerta non valet, *Decis. noviss. Rotæ* 151. *P.* 2. 3. Com-

munis stilus curiarum, qui pro lege observandus. Unde colligit Foller. *d. loc.* non modo tutius esse ac cautius diem apponi, ut Vant. *d. n.* 71. et Scaccia *d. Cap.* 34. *n.* 18. sed immo necessarium. Et ita cautum *Ord. com. P.* 3. *Tit.* 12. §. *Als auch.* Nec amplectenda distinctio Marantæ *d. n.* 65. et Lanc. Conradi *de Off. præt. in causs. civ.* verbo *Citatio n.* 7. quod sine die valeat ad id ut non veniens ceu contumax puniatur, non autem ut ad ulteriora in caussa procedi possit. Neque hic differentia inter jus Civile et Canonicum statuenda ut Rosbach. *Diff. jur. Civ. et Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. *n.* 5. *et* 6. Horam autem in citatione exprimi necessum non est, sed intelligitur hora ad cognitionem consueta, cave qua is actus expediri solet et commode potest. Maranta *d. loc. n.* 66. Vant. *d. Tit. n.* 72. Blarée. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 132. Ea autem apposita, etsi actum alia hora factum non valere iidem velint; citatum tamen ut veniat summo diei mane *zu rechter fruher Zag zeit*, si post meridiem compareat, ceu contumacem plecti non posse, sæpius responsum refert firmatque Arumæus *Parte* 1. *Decis.* 11.

## C A P. III.

### Ei qui in jus vocatus est, actionem edi oportere. Hac edita, tempus illi esse ad deliberandum utrum cedat an contendat, et quod tempus.

*Propositum auctoris, et methodus: ordo pandectarum præposterus.* I.
*Vocatio* agendi ordine *prior editione actionis: probus hic ordo pandectarum; codicis ordo diversus aptior doctrinæ methodo.* II.
*Vocatio fuit editione prior, etiam tempore Jurisconsultorum.* III.
*Ratio illius ordinis æquissima.* IV.

I. Cum hæc in vocatione exigimus quæ supra diximus, ut justa sit vocatio; tum extrinsecus hoc accedere ad vocationem oportet, ut actio edatur ei qui vocatur. Sic enim fieri jus jubet. Ac sine eo, nihilo plus egerit vocatio quam si reus omnino vocatus non esset, aut quod idem valet, non uti oportet. Qui vocatus non est aut non rite, huic nulla necessitas imponitur in jus veniendi, aut se obstringendi fore ut quandoque veniat. Ne ei quidem necesse est id facere, cui non est edita actio; cum ideo jubeatur actio edi ut, si reus contendendum putabit, veniat instructus ad agendum, *L.* 1. *D. de edin.* Unde intelligitur, prius quam instructus sit, eum venire non necesse habere. Ita justæ vocationis partem esse non immerito fortasse quis dixerit editionem actionis. Quare cum justam vocationem nunc quæramus et eam quam reus impune non contemnat, recte videmur facturi si de editione hoc loco dicemus; ut, justa vocatione initio constituta, tum deinde de necessitate quæ justæ vocationi adjuncta est, ordine cognoscamus. Scio enim in Pandectis de necessitate veniendi in jus aut cavendi judicio sisti, prius quam de edendo tractatum esse; sed necessitas hæc cum nulla sit non edita actione, sed nec intelligi possit qualis sit, priusquam de edendo diximus; rerum natura me non admonuit tantum, sed etiam hæc attentius meditantem coegit ut hunc ordinem nobis præscriberemus.

II. Illud, puto, ambigi non debet quin recte in *Pand. de in jus voc.* prius dictum sit quam de edendo, quod et nos secuti sumus. Non enim potest omnium actionum instituendarum initium ab in jus vocando proficisci, ut Justinianus ait *d.* §. *ult. de pæn. tem. litig.* quin vocatio (1) prior sit, editio

(1) Hoc Donellus noster vult quod in jus vocatio præcesserit, eam mox secuta vel illi conjuncta, natura tamen posterior editio. Utroque expedito, demum veniendi satisdandive necessitas. Ita puto. Veteri judiciorum ritu actor reo, antequam in jus ventum esset, edere actionem non tenebatur, ut constat ex Plautinis his *Persa Act.* 4. *Sc.* 9.

*Age, ambula in jus . . . . Quid me in jus vocas?*
*Illic dicam apud Prætorem . . . .*

tametsi copiam actionis describendæ quandoque, priusquam veniret in jus, actor faceret; vid. Ræv. *Protrib C.* 4. Itaque, contra quam hic noster, vocatus, etiam non edita actione, sequi aut satisdare cogebatur. Proinde accomodata ac conveniens isti antiquo judiciorum ordini dispositio Pandectarum, etiam quoad titulos inter *tit. de in jus voc.* et *de edendo* interjectos. Posteaquam autem venerat, edita actione, non statim respondere cogebatur; sed induciæ dabantur reo, tempusque ad quod se denuo sisteret, (interea vero deliberaret et, si contendere vellet, ad defendendum se instrueret) dicebatur. Justiniani tempore, judici insinuatæ preces, et per eum adversario cognitæ, ut *Nov.* 112. *Cap.* 1. *pr.* id est libellus

actionis posterior. Nam et editio ex iis rebus est quæ ad instituendam actionem pertinent, cum sine ea frustra instituatur actio, *L. 1. D. eod.* et sane primum est natura, ut ostendamus nos velle cum aliquo judicio agere, idque ei denunciemus. Proximum, ut qua actione agere velimus, et quid petere demonstremus. Sed et Justinianus jubet offerri libellum ei qui in jus vocatur, ut est in *Auth. offeratur. C. de litis contest.* vel, ut ipse scripsit, ei qui in jus vocatus est, seu reo, ἐπειδὰν ὑπομνήσεις προσενεχθεῖεν τινι. *Novel. de exhib. reis. §. sancimus.* Quorum utrumque significat prius esse oportere eum qui vocatur; ac proinde vocationem, quam oblationem. Qui fit igitur ut hic ordo convertatur in Codice? Nam ne temere factum dicamus et inscitia compositorum, etiam in edicto perpetuo quod a Juliano compositum est, idem hic (2) ordo fuit ut antecederet *Titulus de edendo*, ut ordo librorum ad edictum scriptorum indicat. Ulpianus enim ad edictum de edendo scripsit *libros* 4. Paulus *libros* 3. Ad edictum autem de in jus vocando Ulpianus scripsit *libros* 5. Paulus *libros* 4. ut inscriptiones ostendunt eorum capitum, quæ exstant sub his titulis in Pandectis. Quæ indicant eundem ordinem fuisse in edicto perpetuo, alioquin non ad edictum hi scripsissent, sed adversus edictum. Sed utrumque propria ratione recte fit. Alius est enim ordo cogitandi et se comparandi;

conventionis prius judici exhibitus, qui per viatorem illum transmisit reo, et una in jus vocavit. Eique accepto reus subscripsit, satisdatione judicio sisti præstita, *Nov.* 53. *Cap.* 3. §. *susceptæ.* 2. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 5. *n.* 3. Hodie non forte, num libelli oblatio præcedere debeat citationem, num item libellus, si judici exhibitus, citationi vel totus inserendus, vel ejus summa saltem, inter nostros non satis convenit. Quoad prius, Maranta *Speculi Parte* 3. *de Membr.* 3. *de Libell. oblat. n.* 25. in practica hunc ordinem esse notat, ut antea exhibeatur libellus judici quam citatio decernatur; ut prius judex perpendat num libellus justus sit, ut super eo procedatur. Et probat post alios Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 2. Asin. *Praxi* §. 5. *Cap.* 3. *n.* 2. Contra alii porrectionem libelli quæ fit judici, non necessario præcedere commissionem citationis. Itaque usu servari scribit Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n.* 23. Bellon. *in d. Rubr. n.* 53. *referente* Vult. *ad pr. I. de act. n.* 44. pro diversa fori consuetudine alibi editionem citatione priorem esse, alibi contra notat. Conciliari isti forsan debent distinctione inter libellum citationis, seu supplicationem pro extrahendo processu, citra quam hodie citatio non decernitur, ut *supr. Cap.* 2. *N.* 18. et libellum conventionis qui citato offerendus postquam venit, Maranta *d. Membr.* 3. *n.* 1. Quoad posterius, communius traditur libelli tenorem totum citationi quidem non necessario inseri, quasi absque eo vitiosa foret; inserti tamen insignem hunc effectum esse, ut citato postea comparenti induciæ novæ deliberatoriæ non concedantur, *Cap. prætores* 2. *de dilat* utque ita lis pendens fiat, et postea nihil a citato innovari possit, innovatum ante omnia retractetur. Gail. 1. *Obs.* 51. *n.* 1. *et seqq.* Myns. 5 *Obs.* 85. *n.* 9. *et* 10. Wurmser. *Tit.* 9. *Obs.* 4. Coler. *Decis.* 110. *n.* 4. Cagnol. *ad Rubr. C. h. t. n.* 22. Vant. *Tit. de nullit. ex defect. citat. n.* 52. Asin. *Praxi* §. 5. *Cap.* 1. *et* 2. Scaccia 1. *de judic.* 32. *n.* 15. *et seqq.* Speckhan. *Cent.* 2. *Classe* 4. *Quæst.* 9. *n.* 5. Ayrer. *Process. Parte* 1. *Cap.* 3. *Obs.* 2. *n.* 31. *et seqq.* et ut præscriptio interrumpatur, Sichard. *ad Auht. offeratur, C. de lit. cont. n.* 10. Caussæ tamen expressio aliqua in omni citatione necessaria. Nam etsi quidam citra eam citationem valere voluerint, quibus accedit Coler. *decis.* 297. *n.* 1. Gail. 2. *de Pac. publ.* 7. *n.* 4. quidam etiam distinguunt num longius absit citatus, ubi inserenda; an in propinquo degat, ubi contra, referente Maranta *Speculi P.* 6. *tit. de Citat. n.* 69. Mynsing. *d. Obs.* 85. *n* 4. Scaccia *d. Cap.* 32. *n.* 14. receptior tamen opinio usuque fori probata asseritur quod, caussa omissa, citatio ceu indiscreta non valeat, incerta ac frustratoria sit. Et hoc requisitum substantiale esse contra Noam. Meurer. *Process.* firmat Meland. *Comm. Cameral. Parte* 2. *Membr.* 3. Itaque statuunt Viv. *Lib.* 2. *decis.* 274. *n.* 8. Vant. *d. Tit. n.* 50. *et seq.* Marant. *d. n.* 69. Scaccia *d. loc. n.* 14. *et seq.* Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *Cap.* 3. *n.* 5. Ayrer. *d. Obs.* 2. *n.* 28. *et seq.* Quod et *ord. Cam. P.* 3. *Tit.* 12. §. 3. *Und. sollen. etc.* comprobatum est. Aliqualem autem tantum expressionem, saltem in genere, explicite tamen, inde requiri vult Mynsing. *d. Obs.* 85. *n.* 7. *et* 8. ac Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 1. Verum Scacc. *d. n.* 15. in specie fieri debere, non in genere. Idque expedire videtur, cum *Ord. Cam.* ad hoc requirat caussam exprimi. ut et instructus venire queat citatus et inanes dilationes ac protelationes caussarum amputentur. Atque in terris Saxonum, quia citatio fit ad finem præparandæ defensionis, caussam exprimi vel libellum inseri debere tradit Coler. *Decis.* 297. *n.* 3. addatur idem *de Process. exsecut. Parte* 3. *Cap.* 7. *n.* 2. Speckhan. *d. Quæst.* 9. *n.* 2.

(2) Ita et post Cujac. *Par. C. hoc tit.* et Baron. *in Manualibus*, Gordd. ad *L.* 8. *pr. de V. S. n.* 1. Diss. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 44. putans ordinem Pandectarum hic eundem esse qui est edicti perpetui.

alius faciendi et exequendi quod constitueris. De re si cogitare et te comparare voles, necesse erit, prius te comparare libellum quem in promptu habeas, ut ei quem voces offeras. At rem provisam si voles exequi, et id de quo quæritur si voles experiri, non aliter poteris natura, quam ut prius in jus voces adversarium, ac deinde cur voces ostendas; quod fiet actionem edendo. Ergo agendi ordine vocatio prior est, editio sequitur. Priorem ordinem, ut doctrinæ et institutioni actoris convenientiorem, secutus est Julianus in edicto perpetuo componendo; cui congruit et is quem in his titulis hoc loco servatum videmus. Alter ille magis placuit in Pandectis; hoc, ut videtur, (3) rectius. Est enim naturalis, et instituendæ præsenti cum alio actioni solus conveniens.

III. De instituenda autem actione nunc agitur. Nec vero aliter jus fuit veteribus quam ut ante in jus vocari oporteret adversarium, quam ei actionem edere; etiamsi quis ad veterem ordinem judiciorum nos revocet, quo actiones impetrabantur a prætore. *L. 2. C. de formulis et impetr. act. subl.* Nam primum non impetrabatur actio ante vocationem, nequis forte hanc impetrationem vocationi anteponat; sed tunc cum lis contestabatur. Tunc enim dicebatur actor judicium accipere, unde lis contestata et judicium acceptum pro eodem, *L. cum fundus*, in pr. *D. si certum pet. L. vulgo, D. de usuris, L. illud, D. de heredit. petit.* Impetrabatur autem judicium seu actio cum accipiebatur, nec accipiebatur nisi a prætore impetrata. Deinde, ut quis concedat prius actiones impetrari debuisse quam edi; tamen hic ordo futurus esset, ut prius quidem impetrare oporteret quam vocare, et vocare etiam prius oporteret quam edere. Etenim post impetrationem saltem actionem reo significare oporteret; in quo est vocatio in jus, initium scilicet litis instituendæ. Et vero etiam temporibus veterum Jurisconsultorum, quibus in usu adhuc erat actionum impetratio, vocationem præcessisse, secutam autem esse editionem, et quidem interdum multo post, non obscure probat *L. non videtur, D.* de judic. *Non videtur*, ait Modestinus, *in judicem consensisse qui edi sibi genus actionis apud eum judicem desiderat.* An qui id desiderat, hunc Modestinus intelligit vocatum in jus, an non? Vocatum sine dubio. Alioqui ad judicem non venisset, neque hac exceptione defugeret judicium quod ante non intenderetur. Nondum tamen edita ei erat actio, utpote quam sibi edi desiderat. Vocatum igitur Modestinus intelligit, cui actio ante non fuit edita, sed postea edenda est, et quidem quam edi reus multo post postulat, nempe apud judicem. Semper ergo in jus vocatio (4) editionem agendi ordine antecedit: sed, ut dixi, meditandi seque comparandi ordine, editio prior. Nam cum jubeatur actor, cum reum vocat in jus, libellum offere reo, *Auth. offeratur, C. de lit. contestat.* opus est prius de actione secum deliberet eamque concipiat apud se, quam deinde conceptam offerat seu edat ei qui in jus vocatus erit. Sed jam de re dicatur.

IV. Initio ergo meminisse oportebit vocatione in jus quid agatur. Nempe ut qui vocatur veniat, ut cum venerit, ab eo quid petamus, de quo ille apud magistratum res-

(3) Ita et Donellus *ad Rub. C. hoc tit. n.* 6. *et* 7. Rain. Coras. 1. *Indag.* 2. In Digestis præponi Titulum de in jus vocando, quia ibi exactius observatus ordo judiciorum, et principaliter hoc Titulo D. agi de libelli editione. In Titulo autem Codicis nusquam de libelli editione quæ fit in limine judicii, sed de rationum tantum editionibus quæ post cœptum judicium. Vult. *d. n.* 44. Titulos Codicis accomodatiores esse judiciorum ordini; putat enim editionem priorem vocatione fuisse sed male, ut mox. Cagnol. *in Rub. C. h. tit. n.* 24. in Codice, ait, alius ordo hujus Tituli, quia in eo nullus est titulus generalis de in jus vocando, sicut in Pandectis. Nam LL. Cod. de in jus vocando de venia petenda loquuntur.

(4) Et ita noster ad *Rubr. C. h. t. n.* 7. ac recte. Et consentiunt Ræward. ut *supra N.* 1. P. Pithoe. *in not. tit.* 2. *Coll. LL. Mosaic.* ajens Justinianum in §. *ult. Instit. de pœn. temp. litig.* ordinem eum quo in jus vocatio editionem præcessit, in veteri jure digerendo religiose secutum esse. Et pluribus comprobat Forster. *in Parat. D. hoc tit.* Diss. Vult. *in princ. Instit. de act. n.* 44. volens, juxta veterem quoque judiciorum morem, non ante vocatum reum quam edita esset actio; cum nec ante sciretur quæ esset actio, nisi ederetur. Quæ et opinio Ant. Fab. *ad L.* 1. *pr. h. tit.* et Cujacii 10. *Observ.* 10. Qui vult olim præcessisse editionem, hodie autem utrumque fieri simul et ex continenti. Ac in *Par. C. hoc tit.* facile constitui non posse utra altera prior sit, conjunctas potius videri. Cæterum ex *d. L.* 33. recte probat Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 5. *n.* 5. *et seqq.* non necessariam esse protestationem in reo ut salvo jure suo recipiat libellum. Nam etsi simpliciter receperit, vel etiam petierit eum edi, nihilominus contra formam libelli, judicem actoremve postea exripere licet, per *d. L.* 33. ad. Scaccia 1. *de Judic.* 100. *n.* 17.

pondeat. Id quod si, petitione nostra ante non cognita, statim facere cogatur, næ rem periniquam ab eo exigamus. Nam neque certo, neque sine fraude sua id potest facere. Fieri enim potest ut debeat, et errore aliquo vel facti vel juris impeditus pro tempore se debere non putet: itaque si consulatur, responsurus sit se non debere. Contraque potest fieri ut non debeat; idem tamen, aut in jure errans, aut se liberatum ignorans vel oblitus, non neget se debere. Quorum in utroque evidens periculum proponitur, non solum quod anceps falsum cogitur affirmare; sed etiam quod in posteriore se confessione sua obligat qui prius non teneretur: in altero, dum judicium temere suscipit, magna molestia et non necessariis sumptibus se implicat; quibus, ut oportebat, cedendo carere potuisset. Hæc pericula, inquam, ipsum adire cogi propter ignorantiam actionis, et acerbum et plane iniquum est. Neque enim ejus culpa est, quod non multo ante divinarit quid et qua de re secum ageretur, seque præmuniverit. Non abs re igitur hac quoque parte ratio habita est eorum quibus cum agitur, ne prius respondere cogerentur actori, ac proinde ne in jus quidem venire, quam de actione qua conveniuntur cognovissent. Qua de caussa eam actor ante omnia ei qui in jus vocatur, edere jubetur. De quo hæc sive edicti, sive Ulpiani, sive utriusque verba sunt in *L.* 1. *D.* de edendo: *qua quisque actione agere volet, eam prius edere debet. Nam* (5) *æquissimum videtur eum qui acturus est, actionem edere; ut proinde sciat reus utrum,* (6) *cedere an contendere debeat; et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur.* Et quoniam nihil profuerit, ad reum instruendum quid agat, actionem ita edere ut, hac intellecta, statim respondere cogatur; sed spatium esse oportet ad rem diligentius cognoscendam et consilium ex re capiendum: idcireo non edi tantum jubetur reo actio, sed illi etiam spacium datum est quod satis esse videretur ad eam deliberationem. Quod spacium ante sua tempora fuisse certum, et fuisse 10. dierum Justinianus scribit in *Novell.* 53. *de exhibend. reis.* §. *illud quoque, et* §. *sed et aliud.* Ipse ibidem tempus conduplicavit et 20. dies statuit, ut supra quoque docui; quod et jure pontificio cantum est, nisi quod in arbitrio judicis numerum dierum esse positum vult, et hoc ipsum tamen ita vult ut, si nimis breve tempus concessum fuerit a judice, possit de ea re appellatio interponi, ut pluribus explicatur in *C.* 1. et 2. *Extr. de dilat. C. consuluit. Extr. de offic. deleg. C. ult. ut lit. non contest.*

(5) Cum enim actor prius deliberaverit et necessaria præparaverit, æquissimum est hoc reo qui nihil providit et sæpe ex improviso invaditur, tribui, Leonin. 5. *Emend.* 8. *n.* 1. Et libellus substantialis actus judicii, imo ejusdem fundamentum dicitur, ad quem omnes alii actus, maxime litis contestatio, probatio, et sententia referuntur, vid. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 18. *n.* 2. Sich. *ad Auth. offeratur, C. de lit. contest. n.* 3. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n* 25.

(6) Ubi verbum *cedere* non cessionem in jure denotat, cui locus olim in vindicationibus ac dominiis transferendis; cum hic de omnibus actionibus etiam in personam, et de his maxime agatur: sed ex opposito *contendere* intelligitur quod hic sit cedere, nempe debitum agnoscere, Don. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 2. Fac. *L.* 21. *de judic.* Basilica habent λιξαλύσαι quod est transigere, et ita verbum *cedere* hic exponit Cujac. 10. *Obs.* 30. ac pro eo *decidere* reponit Goth. *in d. L.* 1. quod ibidem Anton. Fab. merito reprobat.

## CAP. IV.

### Quid sit edere actionem, et quomodo ea recte edatur.

Edere *quid cum ex mente prætoris, tum ex Justiniano significet.* I.

Edita recte *actio dicitur, quæ et certam rem, et petendi caussam, et genus actionis complectitur.* II.

*Petendi caussa modo specialis, modo generalis sufficit, prout vel in personam est actio, vel in rem.* III.

*Quid si in illa specialis caussa; in hac designatio rei omittatur.* IV.

*Nomen et genus actionis oportet exprimi ex jure civili; sed jure canonico res ita describi, ut actionis genus intelligatur.* V.

I. Quid sit edere videamus. Edere quidem proprie hoc declarat promere rem, exhibere, inspiciendi potestatem facere. Tot enim verbis rem eandem imperatores expresserunt in *L.* 1. *L.* 4. *L. ult. C. de eden.* sed in edicto de edendo, ex mente prætoris, edendi verbo amplius quiddam continetur. Cum enim propositum sit prætori ut actio et instrumenta reo edantur, quo reus instruatur et instructus cedat, aut veniat ad agendum; quod fieri non potest nisi rem editam apud se habeat diutius, ut ex ea consilium capiat: Edere hic sic acceptum est, ut sit aut scriptum tradere quod editum velis, aut scriptum ita ostendere adversario, ut sit ei excipiendi vel describendi copia; quo scilicet adversarius scriptum apud se auferat, et ex eo, ut dixi, deliberet. Idque est quod hujus verbi descriptione duobus locis ostendere voluit Ulpianus: nempe, in (1) *L.* 1. §. 1. et *L. argentarius §. edi, D. eod.* sed Justinianus circa actionem de qua agimus, plus exegit. Constituit enim ut (2) actor actionem complecteretur libello, eumque libellum of-

(1) Edendarum actionum olim 5.° diversæ rationes, ut Ræv. *Protrib. Cap.* 4. et Vult. *ad pr. I. de act. n.* 43. 1.° Dicere qua actione uti velit 2.° Describendæ actionis copiam facere 3.° Suam intentionem in libello offerre adversario. 4.° Ex libello eam dictare adversario. 5.° Adversarium ad album producere et demonstrare quid dictaturus est, *d. L.* 1. §. 1. ubi Cujac. 8. *Obs.* 15. pro istis *quod dictaturus* reponit, *ex quo edicto acturus*, quia ita in Basilicis: Nulla necessitate. Haud melius Alc. 2. *dispunct. ult. et* 8. *Parerg.* 7. illic *adversaria sua* in *d.* §. 1. hic unitatis quidem numero *adversarium* legit, sed rationes tumultuarie ad memoriæ subsidium confectas exponit, quasi Ulpianus velit edere eum dici, qui tabulas illas tumultuarias extendit in rationum libris. Quem etsi tueatur Rob. 3. *Sentent.* 13. alii plures recte refellunt, Duar. 2. *Disp.* 13. Balduin. *in not. ad d. L.* 1. et A. Fab. *in Rational.* Forc. *Cupid. jurisperito C.* 17. *n.* 8. Leon. 5. *Emend* 8. *n.* 6. Vult. 1. *Disc.* 6. Parlador. 1. *Rer. quotid. C. fin. P.* 5. §. 1. *n.* 8. *et* 9. Et hic quidem adscripto loco ex Seneca *ad Lucil. Epist.* 49. sed et *d.* §. 1. de actionis editione sermo est, cum qua nihil comune habet editio rationum. Nec apte dicuntur produci rationes aut instrumenta, sed proferri, Duar. et Balduin. *d. loc.* (quod posterius tamen Rob. *d. loc.* refellit) Quin et rationum editio perspicue ac a capite fieri debet, *L.* 10. §. 2. *h. t.* Quare summatim, in adversaria charta scripta parum proficiunt, Forc. *d. loc.* Putant quoque Duar. et Balduin. adversarium pro tabulis, unitatis numero Latine non dici. Quod etsi agnoscat Rob. *d. C.* 13. volens alterum locum Alc. 8. *Parerg.* 7. tipographi incuria depravatum; attamen Henr. Salmuth. *in not. ad Pancirol. Lib.* 1. *Memorab. C.* 1. hac quoque acceptione singulari numero reperiri contendit. (De tabulis istis quotidianis et unde dicta adversaria. vid. Alc. 1. *Parerg.* 24. *et d.l. loc.* Cujac. 8. *Obs.* 15. Coras. 1. *Misc.* 18. Langlæ 4. *Semestr.* 5. *pag.* 203. Vult. *d. disc.* 6. Marc. Lyclama *Lib.* 2. *Membranar. Eclog.* 15. Male Govea. 2. *Var. Lect.* 14. legit adversaria. Ita enim infiniti probatorum actorum loci corrigendi forent) Pars ergo adversa significatur, seu reus productus ad album, id est matriculam prætoris, Duar. *d. loc.* vid. *supra Lib.* 15. *Cap.* 25. *N.* 16. Et Rævar. quidem *d. C.* 4. album formularum intelligit, quasi aliud fuerit ab albo edictorum; cum formulas publice expressas a prætore fuisse testetur Cic. *pro Roscio.* Sed Vult. *d. C.* 6. duplex album non agnoscit, verum in eodem et edicta et actiones ac interdicta relata fuisse. Quod magis est; Veteres autem Codices pro *ad album* habuere, *ad alium* nullo sensu idoneo, teste Politiano *Miscel. C.* 82. et Vacon. 6. *Declar.* 88. n. 10.

(2) Et hoc ex constitutione Justiniani, cum olim quoque voce ederetur, dictante actore. Don. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 4. Zoan. *ibid. n.* 3. Sich. *ad d. Auth. offeratur n.* 3. Asin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 10 *n.* 2. excepta conventione illustrium *L. ult. D. de priv. delict. L. quoties* 7. *C. de dignit.* Azo *in Summa C. h. t. n.* 12. Hinc interpretibus libelli editio pro editione actionis. Differt tamen actio, etsi pro formula sumatur scripto

ferret ei quem in jus vocat. *Auth. offeratur, C. de lit. contest.* hoc intelligi, ad actionis et

comprehensa, a libello qui est scriptura continens ac exhibens formulam, *L.* 1. §. 1. verbis *libello complecti h. t.* vid. Zoan. ad *d. L.* 1. *n.* 1. Vacon. 6. *Declar.* 78. *n.* 9. Etsi contra Obrecht. *de Concip. libell. C.* 2. *n.* 7. In ordinariis itaque judiciis libellus in scriptis offerendus jure communi, *d. Auth. offeratur Cap.* 1. *Extra de libel. oblat. C.* 11. *de probat.* Fac. *Nov.* 83 *pr.* quod de substantia libelli esse tradunt Sich. *d. n.* 3. Asin. *d. n.* 2. Sneidvin. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 99. Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civilib.* v. *Libellus n.* 7. Scaccia *de Judic.* 50. *n.* 19. Coler. *Decis.* 111. *n.* 1. et DD. alii passim, ut nec rigori juris satisfieri putent, si actor coram judice actuario dictet libellum, et is in actis scribat: non tamen ita in scriptis oblatum censeri. vid. Marsil. *Sing.* 364. Scaccia *d. n.* 19. Asin. *d.* §. 4. *Cap.* 5. *n.* 1. Sed huic quidem scrupulositati usus judiciorum in pluribus curiis derogavit, Sneidvin. *d. n.* 99. Speckan. *Cent.* 1. *q.* 63. *n.* 3. Et jure Saxonico libellus oretenus dictatur judici, vel ab eo deputato judicii notario, cui pari modo reus respondet, Coler. *Dec.* 111. *per. Lib.* 2 Landr. *Art.* 3. Quod nec arbitrarium apud nos hodie sed necessarium ex *Nov. Elect. Sax.* 1. *p.* 1. Jacob. Schult. *Obs. forens.* 1. *n.* 4 *et Obs.* 2. *n.* 1. ubi inquirit, num brevibus actor se ad libellum antea pro citatione obtinenda emissum referre possit. Quod negat, quia forma ad unguem observanda, etc. itaque judicatum in Curia provocationum testatur *ibid. n.* 30, Contra tamen Lipsiæ aliquando pronunciatum, vid. Reinb. Rosa *Addit. ad Moll. Nov. Elect.* 1. *P.* 1. *n.* 9. In summariis vero caussis libellum non requiri tritum est, *Clem. sæpe* 2. *pr. de V. S.* Maranta *P.* 4. *Dist. judic.* 9. *n.* 12. Scaccia 1. *de Judic.* 53. Jacob. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 10. *et seqq.* ubi usque ad *n.* 264. caussas hujusmodi 150. enumerat. Sed et plures caussæ, in quibus vel personarum vel rerum ratione libelli solemnitas remissa, reperiuntur. Quas percenset Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 6. *n.* 5. *et seqq.* Joh. Pels. *Process. Tit.* 20. *n.* 14. *et seqq.* plenissime Asin. *Prax.* §. 4. *C.* 3. 80. casus referens. Sed et de causis summariis forsan quædam *infra Lib.* 24. *C.* 5. dicemus. In illis tamen qualis qualis petitio simplex narrationem facti apertam continens omnino exigitur, tum ut judex sciat quid agere debeat, tum ut adversarius consultare possit an lis subeunda sit. Unde etsi ad validitatem processus non requiritur libellus, tamen omni solemnitate remissa, simplex petitio omitti nequit, cum juris sit naturalis, vid. Maranta *d. n.* 12. Rosbach. *Process. Tit.* 33. *n.* 16. Cravat. *ad Pract.* Vestrii *Lib.* 5. *C.* 1. *n.* 10. Scaccia *d. Cap.* 53. *n.* 11. Asin. §. 3. *C.* 4. *n.* 8 *et* §. 4. *C.* 1. *n.* 3. Sfort. Odd. *de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 45. *Artic.* 1. *n.* 6. Jac. Schult. *d. Obs.* 3. *n.* 270. *et seqq.* Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 28. *n.* 2.

omnium instrumentorum, de quibus edixit prætor, editionem, satis erat si, ut instru-

*et seqq.* Nisi ubi aliunde facti cognitionem judex habere possit ex aliis deductis Asin. *d.* §. 3. *C.* 6. *n.* 3. Meichsn. *de Decis.* 28. *n.* 22. *ac seq.* Quod in iis caussis admitti potest, in quibus ratio edendæ adversario actionis cessat. Offerendus autem libellus adversario quoque non petenti, Rosbach. *Process. T.* 33. *n.* 9. Nam agentem sine libello judex ex officio rejicit, vid. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 60. Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 10. *n.* 2. Ideoque nec conventione partium omitti posse, nec tacite non petendo, nec expresse, crebrius obtinuit, vid. Asin. *Prax.* §. 4. *C.* 6. Sich. *ad d. Auth. n.* 4. qui aliam rationem scribit esse jurisjurandi calumniæ quod non ita sit actus substantialis judicii, Jo. Pels. *T.* 20. *n.* 13. Obrecht. *de Libell. C.* 6. *n.* 4. quia, inquiunt, etiam judicis gratia offerendus, ut secundum ejus tenorem sententiam ferat. Et ita quidem est, eaque ratio efficit ut judici ipsi omnino exhibeatur libellus initio, quo speciem litis futuræ ipseque cognoscat, Monach. *Pract. judic. P.* 4. *initio*, Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 9. Speckhan. post alios *Cent.* 1. *Q.* 63. *n.* 1. *et Q.* 46. *n.* 47. Unde caussæ expediendæ conducere scribit Obrecht. *C.* 4. *n.* 5. ut duo libelli offerantur judici, quorum alterum actori exhibeat, alterum ad acta ponat. Pacto itaque partium non efficiatur ne judici fiat editio. Ast quin sibi invicem remittere eam partes possint quid impedit? Speckhan. *dd. loc.* quomodo Bover. *Sing.* 31. *n.* 14. solemnem libellum in scriptis posse ita omitti, modo petitio aliqua interveniat, et in actis scribatur. Ac communem opinionem vocat Lanfranc. *in Clem. sæpe* 2. v. *libellus de V. S.* referente Christ. Wintzlero *Addit. ad Process.* Pels. *d. n.* 13. Quæritur: cujus expensis datur? Ex crebriori sententia, actoris. Maranta *P.* 6. *Membro judicii* 3. *n.* 2. Asin. *Praxi* §. 5. *C.* 3. *n.* 1. Jo. Pels. *Process. Tit.* 25 *n.* 13. Sigis. Scaccia 1. *de Judic.* 100. *n.* 10. Speckhan. *d. Quæst.* 64. *n.* 51. Alii tamen ubi consuetudo Curiæ non adversatur, quæ cum primis attendenda, sumptibus Rei, cujus gratia fit editio, vid. Sich. *ad d. Auth. offeratur n.* 11. Wurmser. *Tit.* 9. *Obs.* 10. Obrech. *de Libell. C.* 4. *n.* 5. Hanc contentionem dum Illico Umnius *Disp. Process.* 6. *Th.* 9. 42. hac distinctione dirimi putat, ut reo sumptus sustinendi sint, si temere judicium subeat, actori vero si juste judicium acceperit reus, statum quæstionis non attendit. Nam hic quæritur, cui hi sumptus initio, dum caussa præparatur et instruitur, faciendi. Uter vero juste litem foveat sententia demum patefit. Quin et reus qui juste quidem contradixit, succubuit tamen, etsi in expensas adversario non condemnetur, quas tamen ipse erogavit non recipit. In summariis sane ubi scriptum libellum offerri non necesse est, si p-

mentum, sic actio res esset certa quæ incurret in oculos. Nunc autem ea incorporalis res est quæ intelligitur tantum, non cernitur, ac talis futura est qualis erit ejus conceptio.

II. Propterea hoc quæritur, quo modo oporteat actionem libello concipi ut, sicut prætor exigit, edita videatur. Ajunt imperatores in *L. edita, C. eod.* edita actio speciem futuræ litis demonstrat. Quanquam imperatoribus aliud propositum est eo loco quam ut rem hanc de qua quærimus definiant, ut ex interpretatione ejus legis quam subjeci intelligi potest; tamen, si vere illud dictum est, actionem editam speciem futuræ litis demonstrare, licet ita definire: Tum demum recte actionem editam videri, cum ita concepta in libello et edita est, ut (3) imaginem

titionis voce prolatæ et ab actuario consignatæ, exemplum petat reus, ipsius sumptibus edi docuit Maran. *P.* 4. *Dist.* 9. *n.* 15. Scaccia 1. *de Jud.* 53. *n.* 9 An et quando libellus die feriato exhiberi possit, notabo *infra Lib.* 24. *C.* 7. De significatione vocis libelli et variis ejus acceptionibus in jure, ne prolixior sim, consule Obrech. *h. Tr. C.* 1. *n.* 10. Monach. *Pract. p.* 4. *C.* 1. Pels. *Process. Tit.* 20. *n.* 6. P. Frider. 1. *de Process. extrahend.* 2. *n.* 2. et omnino Parlador. 2. *Rer. quotid. C. fin. p.* 5. §. 2. *n.* 1. Suavis vero et festiva notatio Scacciæ 1. *de Jud.* 50. *n.* 4. quod dicatur a libra, quia jus dicens debeat gestare stateram in manibus, etc.

(3) Vid. Don. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 5. Unde Libellum etsi alii varie describant, quod referre operæ non videtur, definit Obrech. *de Libell. C.* 2. quod sit verborum conceptio brevis et aperta futuræ litis speciem in judicio proponens; *Brevis, per tex. L. ult.* §. 1. *C. de appell.* ut necessaria solum contineat, non superflua; quæ præsenti negotio accommodata atque ad caussam illustrandam pertinent eamve ptobabilem reddant, *C. examinata* 15. *de judic.* de quo belle Vigel. *Lib.* 3. *Instit. fori C.* 4. Obrech. *C.* 11. *n.* 30. quos vide. Digressio sane omnis non respuenda, sed si brevis, nec longius a proposito deducat, si utilitati caussæ deserviat nec ociosa sit, Vigel. *d. Lib.* 2. *C.* 7. Ast valde vulgo peccatur, dum quævis facti circumstantiæ ponuntur, sæpe supervacuæ, quæ caussam obscurant, graviorique probatione onerant, Obrech. *d. C.* 11. *n.* 37. Et utinam quam tritum illud *gaudent brevitate moderni*, tam etiam frequentaretur. *Aperta*, seu dilucida ac perspicua, ut rei gestæ ordine servato res exponatur, et ut quodque prius posteriusve gestum, ita referatur, cum initium cujusque negotii spectandum sit, *L.* 8. *pr. Mand.* Quod exemplo declarat Obr. *C. n.* 11. *n.* 22. *et seq.* Ac etsi copia nimiusque ornatus verborum ad aures demulcendas oratori magis conveniat, verbis tamen hic studendum propriis, non obsoletis atque incognitis, Nec, quod Crassus apud Cic. 2. *de Orat.* ait, *Confusa sit ac perturbata oratio, quæ non lumen rebus sed obscuritatem et tenebras adferat;* vid. Vigel. *d. Lib.* 3. *C.* 9. Obrech. *d. C.* 11. *n.* 84. *et seqq.* Clarus itaque sit ac certus libellus, nihil ambiguitatis aut obscuritatis continens, *d. L. ult.* §. 1. *C. de appell. Nov.* 107. *C.* 1. *C. constitutus* 6. *de relig. dom. C. litteræ* 3. *de dilat.* Certamque habeat petitionem, ut sententia quoque certa ferri possit, nec generalis sit, unde obscuritas, *L.* 7. *comm. præd. C. venerab.* 8. *de confir. ut vel inut.* Obscuritas autem libelli quintuplex vulgo statuitur. Nempe ex sermone 1.° ambiguo 2.° generali 3.° disjuncto vel alternativo. 4.° non coarctato 5.° indefinito. Marc. de Mantua. *Singul.* 93. *et* 521. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 64. *n.* 20. *et seqq.* Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 18. Sed posteriores duo modi ad secundum commode referri possunt, ut ibidem addit Scaccia *ibid.* 6.° modum ex sermone contrario per *L.* 188. *de R. J.* Fac. *L.* 1. *C. Si serv. extero et simil.* Coler. *ad C.* 2 junct. *C. dilecti* 8. *extra de excep. n.* 42. Hinc exceptio obscuri, generalis, alternativi libelli. Qua objecta, reum ab impetitione absolvi, actoremque in expensas damnari tradunt post alios Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 4. Objici autem debet hæc exceptio in primordio litis. Nec post litem contestatam, auditur, quia dilatoria est, ac litem contestando se obstrinxit reus ad prosecutionem caussæ, Coras. *SC. Tolos.* 29. Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 6. Receptum enim est ut libellus obscurus, non contradicente initio adversario, admittatur in caussis civilibus, per *L. ult.* ibi *licet generaliter C. de ann. exc.* Maranta *P.* 6. *D. h. t.* 22. Gail. 1. *Obs.* 62. *n.* 11. *et Obs.* 66. *n.* 6. Scaccia *d. C* 50. *n.* 15. *ac sequenti*, Bover. *Sing.* 31. *n.* 12. Marsil. *Sing.* 348. Mant. *Sing.* 93. Speck. *d. Q.* 64. *n.* 5. quia, ait, dum tacuit, videtur perspexisse quid peteretur, vel jus deliberandi sua sibi negligentia præcidisse. Quod tamen impugnat Petr. Gerard. *Singul.* 4. *n.* 11. *et seqq.* 1.° per *L.* 6. *in fi.* v. *debebit de R. V.* Nam cum ea L. det formam, non servata forma, actus nullus. 2.° Omissa forma legis et ordine juris, consensus partis nil operatur. 3.° Alias teneretur judex ferre sententiam incertam. Ad *d. L. ult.* resp. Gerard. *n.* 7. *et seq.* loqui eam de interrumpenda præscriptione, et ita de libello citatorio Quælibet autem citatio, ait, generalis quoque ac indiscreta interrumpit præscriptionem. Quomodo et Vacon. *ut h. C. N.* 9. *circ. med.* In quo ipso tamen (de citatione obscura) alii non consentiunt, vid. Surd. *Decis.* 5. *n.* 4. *et seq.* Et recepta opinio declaratur ut satis sit, si in processu caussæ libellus explicaretur, Maranta *d. n.* 22. Quod et judex post acceptum judicium ex officio injungere potest. Speckh *d. Q.* 64. *n* 7. Asin. *de Exsecution.* §. 3. *Cap.* 102.

et formam futuræ litis demonstret. Idest quæ ila est concepta, ut ex eo scire possit reus qua de re sibi lis et certamen cum ad-adversario futurum sit; ut proinde, quod est in *L.* 1. *D. eod.*; possit jam initio statuere utrum cédere an contendere debeat; et si contendendum putet, veniat instructus quo modo se adversus petitionem tueatur. Id consequitur actor formulà actionis, si tria (4) complectatur: Rem quam petat; Caussam

ac nisi declaretur eum rejicere parte non petente, Asin. *d.* §. 3. *Cap.* 64. Eo autem ipso quod declarari petitur libellus obscurus, is approbatur, Mantua. *Sing.* 93. *et* 273. Quare cautius est, ne reus interpretationem obscuritatis exigat, sed dicat se ad respondendum non teneri et ab istantia absolvi debere, Gail. 1. *Obs.* 64. *n.* 12. Coler. *ad C.* 2. junct. *Cap. dilecti* 8. *supr. de exception. n.* 40. Joan. Pels. *Process. Tit.* 26. *n.* 8 *ubi n.* 9. Christoph. Wintzler. *in addit.* cautelam hanc reprobat. Certis denique casibus huic exceptioni nec initio locus. Veluti 1.° in caussis summariis, Scaccia 1. *de judic. n.* 15. Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 24. Nisi obscuritas tanta, ut facultatem deliberandi auferat reo. Tunc enim, eo opponente, non valet libellus, ne defensio ipsi adimatur, ne quidem si sola facti veritate inspecta procedatur, Maran. *d. loc.* Scaccciu *d. C.* 50. *n.* 17. Asin. *Praxi* §. 4. *Cap.* 2. *n.* 3. *et* 4. 2.° Si obscuritas non in principali intentione, sed quibusdam adjectis, Maran. *d. loc. n.* 22. 3.° Si in quolibet sensu plurium interpretationum ambiguæ locutionis intentio egentis teneat, Maran *ibid.* Ac in specie alternativus libellus recipitur, si illa incertitudo ex facto alieno, aliove eventu dependeat; veluti: peto declarari rem meam jure dominii, vel quasi contractum nullum, et si quis sit, eum resciudi. Peto rem vel æstimationem, factum vel interesse. Cujusmodi libellos usu notissimo jodiciorum admitti, adeoque jure etiam substistere, cum videatur peti eo ordine ac modo quo jure licet, docet Myns. 4. *Obs.* 2. add. idem 2. *Obs.* 42. Wurmser. *T.* 9. *Obs.* 1. Gail. 1. *Obs.* 62. *n.* 4. *et seqq.* Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. p.* 3. *Cap.* 3. *n.* 8. *et seqq.* Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 36. *et seqq.* Meichsner. *Lib.* 1 *Decis. Cam.* 21. *n.* 7. Et in obligatione disjuncta, quoties alectio debitori competit, petitio non pure proponenda sed eo modo quo debetur, alias plus caussa petitur, §. 33. Vers. *huic a. L. de act. L.* 75. §. 8. *de V. O.* Obrecht. *de Concip. libell. Cap* 19. *n* 34. *et seqq.* Unde in condictione ex *L.* 2. *de resc. vend.* consultius est ut alternative concipiatur libellus, etsi in Camera petitio pura de re redhibenda admissa fuerit, sententia disjunctim concepta, Gail. *d. Obs.* 62. *n.* 10. Myns. *d. Obs.* 42. *n.* 5. Pinel. *d. loc.* De libello generali et incerto vid. *h. C. N.* 5. Ob contrarietatem ut vitietur et quibus modis sustineatur, vid. Menoch. 2. *Præsum.* 41. Variæ divisiones libellorum apud formularios. Solemniores duæ: 1.° a caussæ genere. Alius civilis, qui conventionis, *L. ult. sub fi. C. de ann. exc. Nov.* 53. *Cap.* 3. reclamationis, *C.* 1. *de lib. oblat.* alius criminalis, qui accusationis, *L.* 17. *C. de accu.* et inscriptionis, *L.* 3. *pr. et* §. 1. *D. de accus. L.* 2. §. *ult. de adu.* usurpatur, Obrech. *C.* 2. *n.* 10. *et seqq.* Qui aliis Querimonialis, Rosbach. *Process. Tit.* 33. *n.* 5. 2.° a modo concipiendi. Alius absolutus continua orationis serie factum complectens, qui et simplex ac summarius; alius articulatus seu positionalis certis ac distinctis enunciativis quæ articuli et positiones dicuntur, circumstantias facti singulatim describens, Obrech. *d. C.* 2. *n.* 14. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 47. Fridnr. 2. *de Mandat. judic.* 9. Rosbach. *Tit.* 33. *n.* 2. et alii. Licet autem nonnulli formam articulati expeditiorem censeant, Coler. *decis.* 118. Ventura de Valentiis et ab eo citati *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 18. Joan. Pels. *Process. Tit.* 20. *n.* 32. *ac seqq.* unde is pluribus curiis, supremaque imperii *Ord. Cam. P.* 3. *Art.* 12. frequentatur; eo tamen sæpius intricari magis quam extricari negocium, ut difficilius perspici queat quis totius negocii principalis status, quæ quæstio principalis, quæ accessoria queritur Vigel. *Lib.* 3. *Instit. fori C.* 1. *p.* 248. Eumque D. Augustus Sax. Elector *Nov. sua* 2. *p.* 1. e foro plane exterminavit et judicis officio rejicii jussit. Et juste quidem inveterato judiciorum fori Sax. usu ita obtinuisse contra Fachs. et Henning. Goden adstruit Ja. Schult. *Obs. forens.* 4. Formulam libelli articulati ejusque expositionem pete ex Obrech. *de Conc. libell. C.* 17. et Jo. Pels. *Process. Tit.* 24.

(4) Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 25. Tria, ait, principaliter continere debet. Factum seu causam obligationum quæ ex facto, seu juris vinculum, et actionem quæ inde oritur. Rosbach. *Process. Tit.* 33. *n.* 24. Tria substantialia: Narratio facti, medium concludendi et ipsa conclusio, add. Sneidvin. *ad* §. 1. *I. de act. n.* 106. Obrech. *de conc. libell. Cap.* 2. *n.* 10. *et* 20. Tres partes: Caussa petendi formæ; rei narratio materiæ; et petitio finis rationem habens. Vulgo quinque requisita statuuntur, quæ in hoc distichо:

*Quis, quid, coram quo, et quo jure petatur, et a quo*
*Recte compositus quisque libellus habet:*

Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 4. Vult. *ad pr. I. de act. n.* 50. Obrech. *Cap.* 11. *n.* 1. Scaccia 1. *de Judic.* 50. duas partes substantiales cum Papieni statuit; Narrationem facti, cujus 5. requisita ut relato disticho; et petitionem; sed ex stilo forensi plura requiri posse. Et Donellus quoque ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 6. quinque requirit: Personas, rem, causam, petitionem et genus actionis. P. Gregor. 48. *Synt.* 5. *n.* 6. *et* 7. Compositionis 4. partes principales: 1.° Epigraphe, nomina litigatorum et judicis ac in quo genere caussæ petatur exhibens. 2.° Ex-

positio negotii, etiam omisso actionis nomine. 3.° Caussa petitionis. 4.° Conclusio. Enimvero Libellus Jurisconsultorum, item practicus ac judicialis, Syllogismus nuncupatur. Jo. de Arnono *Pract. judic. Cap.* 27. *n.* 2. Wes. *Parat. h. t.* n. 3. Coler. *ad C.* 2. *et C. dilecti* 8. *Extra. de except. n.* 38. Obrecb. *C.* 11 *n.* 25. Jo. Pels. 6. *Tit.* 20. *n.* 29. Vigel. 3. *Instit. fori* 2. qui formam substantialem ejusdem statuit argumentationem quæ, vel perfecta ut Syllogismus, vel imperfecta ut Enthymema. Ast si totius libelli structuram spectemus, continetur ea primo exordium quod exhibeat nomina. 1.° Judicis, cujus proprium nomen exprimi necesse non est, sed compellari eum usitatius est officii dignitatis vel jurisdictionis nomine, quia agitur coram eo tanquam Magistratu, vel publica potestate prædito; et ex Magistratu quis notus pluribus quibus nomen ejus ignotum, ac ex officio magis nosci personam quam ex nomine probat, *L. pen. de Reb. Dub.* Sneidvin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 120. Maranta *P.* 6. *h. Tit.* n. 8. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 3. Joh. Pels. *Tit.* 21. *n.* 4. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 11. *n.* 10. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 64. *n.* 12. 2.° Actoris, quod omnino necesse quando alieno nomine agit, non utique quando suo: ut post Bald. *in L.* 3. *C. h. t.* et DD. Pels. *d. Tit.* 21. *n.* 4. Obrech. *d. loc.* n. 13. et Speckhan. *n.* 13. et illic quo nomine, ac num in rem suam vel alterius agat una dicat; sicuti et Prælatus ac Syndicus in civilibus libellum concipiunt nomine Ecclesiæ, Collegii, vel Universitatis. Foller. *Addit. ad Marant. hoc tit. n.* 6. *et* 7. Pels. *d. loc. n.* 8. Scaccia *d. Cap.* 50. *n.* 22. et actor a tutore, eove auctore, constitutus nomine pupilli *ibid.* n. 8. Quid in tutore infantis, et alio curatore furiosi aut adulti, vid. Pels. *d. loc. n.* 6. *et* 7. Nec refert in prima an tertia persona, an impersonaliter nominetur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 15. Fac. *L.* 2. *C. de Const. pec.* 3.° Rei, qui si certus, quandoque nominis demonstratio alia addenda. Obrecht. *d. C.* 11. n. 17. Pels. *d. loc.* n. 9. Et si contra plures agitur ut singulos ex obligatione communi, omnes initio designandi nominatim, non vero appellatione consortum, licet id in progressu caussæ admittatur, vid. Obr. *d. C. n.* 10. *et* 20. Pels. *d. loc. n.* 10. Quod si Universitas conveniatur, Præsidentium, vel Magistratuum officia exprimi sufficit. Pels. *d. loc. n.* 11. Obr. *n.* 21. *et seq.* qui et Syndicum nominari posse censet. Et ubi Ecclesia convenitur, concipi debet contra Prælatum nomine Ecclesiæ, Scaccia *d. C.* 50. *n.* 23. Foller. *ad Marant. h. t. n.* 9. In caussa ejus qui a tutore vel curatore regitur, si infans vel furiosus, designandus tutor vel curator ut talis; alias ipse pupillus vel minor et una tutor, Foll. *d. loc. n.* 10. Scacc. *d. n.* 23. Si incertus reus, sufficere si facti species aliaque commode proponantur scribit Obrecht. *d. C.* 11. *n.* 24. et Speckhan. *d Q.* 64. *n.* 14. *per L.* 11. §. 3. *de Instit. act.* Atque hæc quasi substantialia exordii. Sunt et alia, quæ accedunt eidem, nec adhiberi ea semper necesse est; expedit autem nunc his nunc illis uti prout res exegerit, veluti: 1.° Captatio benevolentiæ et attentionis, quæ tamen oratores magis decent, de quibus Cic. *Partit. orator. Dial.* 3. Nec nimis curanda Jurisconsultis, aut judex ad invidiam aut miserationem concitandus. Arist. 1. *Rhetor.* 1. Vigel. *Lib.* 3. *Inst. fori C.* 1. *et* Obrecht. *d. C.* 11. *n.* 3. *et* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 1. *Cap.* 15. *n.* 15. 2.° Protestationes et clausulæ adponi solitæ. Varias enim DD. commenti sunt cautelas quibus a fronte et tergo muniretur libellus, ut ait Obrecht. *C.* 9. n 3. Vulgo salutares, item salvantes clausulas nuncupant: de quibus nos summatim, non ex jure certo cui ignotæ sunt, sed interpretum et formulariorum traditis. Ejusmodi in exordio ante expositionem caussæ: 1.° protestatio de non consentiendo in judicem, nisi quatenus jure tenetur, et de non proroganda jurisdictione, Vigel. 3. *Inst. fori* 3. Jo Monach. *Pract. P.* 4. *C.* 8. *n.* 1. usitatissimam vocans, sed quæ in Camera attendatur 2.° Quod se adstrictum nolit ad probationes non necessarias. Hac effici volunt ne plura probare teneatur quam quæ statum caussæ concernunt; cum, ea omissa, omnia in libello etiam per modum qualitatis ac incidenter deducta probanda sint, et ni probentur, actor succumbat; ita vulgo per *L. habebat* 13. *pr. de Inst. act. C. licet caussam* 19. *de probat.* Maran. *P.* 6. *h. t. n.* 17. Sneidvin. ad §. 1. *I. de act. n.* 121. Monach. *d. C.* 8. *n.* 3. Rosb. *Process. T.* 35. *n.* 4. *ac* 5. *seqq.* Scacc. 1. *de Jud.* 50. *n.* 28. Jo. Pels. *Tit* 21. *n.* 97. *et* 2 *seqq.* Ayrer. *p.* 1. *C.* 4. *Obs.* 6. *n.* 31. *et seq.* Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Probat. Resol.* 8. *n.* 6. Matt. Nigrin. *de Protest.* v. *Testatio* n. 31. *et seqq.* add. Schuf. *Cent.* 3. *Consil.* 84. *n.* 8. Obrech. *de Conc. libell. C.* 16 *n.* 3. *et seqq.* ubi *n.* 6. ea parum sibi prospicere actorem, cum judicis sit dispicere quæ probanda sint. *L.* 3. *de testib.* adde Rittershus. *Com. ad Salvian. Lib.* 1. *de Gubernat Dei pag.* 49. Et Bald. *ad Leg.* 5. *C. de lib. Ca.* protestatione hac nihil agi, cum probatio a juris necessitate sit, non in agentis arbitrio. Cui alii regerunt, quod merita quidem caussæ concernens probatio hac ratione declarari nequeat, sed eorum quæ ad statum caussæ non pertinent, ut circumstantiæ facti externæ, ad quorum alias confirmationem proponendo se obligasse videretur. 3.° In judiciis Saxoniæ subnecti proxime solet, qua actor reservat sibi arbitrium desistendi a probatione si quæ injungetur, reique jurijurando litem ejusve partem committendi; *Die gantze Klag oder zum theil in des Beklagten gewissen Wissenschaft und Wolbewust zu schieben.* Monach. *d. Cap.* 8. n. 11. Sneidvin. *d. n.* 121. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 67. *n.* 11. Nigrin. *d.* v. *Testatio n.* 28. 4.° Non in modum solemnis libelli, sed simplicis facti narrationis, ac qualis qualis petitionis; cujus sane in ordinario judicio nulla utilitas, cum non liceat privato actori ordini juris derogare, Wesen. *Par. C. de form. su-*

*blat. n* 7. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 2. Nigrin. *de Protestat.* v. *Testatio n.* 27. Dissentire videtur Asin. *Prax.* §. 4. *Cap.* 4. *n* 5. Quin imo quando caussa requirit solemnem libellum, et is quidem oblatus omnia substantialia complectens, clausula hac adjecta non procedi, ceu super petitione inepta, notat Petr. Gerard. *Singul.* 40. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 31. quia talis protestatio arguit quod non habeat actor petitionem pro solemni; unde consulunt ut addatur: nisi ubi et quatenus solemnis libellus requireretur. In summariis autem hujus usus esse potest, tunc quando de eodem negotio ordinarium judicium institui posset. 5.ª Se nihil convicii vel injuriæ caussa dicturum, sed secundum jus et rei gestæ veritatem. Quæ tamen injuriarum actione non omnimodo liberat, si postea verbis injuriosis falso utatur, vid. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 9. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 4. Denique peti solet ut libello respondeat reus, litem contestetur, jusjurandum calumniæ præstet: et in articulato libello, ut singulis positionibus per verbum credit aut non credit respondeat, sub præstando juramento. Usitatissimum quoque ut initio reservet sibi actor omnia beneficia quæ jure actori competunt. Quæ quidem in formulariorum exemplis passim inserta, ast de eorum operatione nihil tractatum ab illis reperio, præterquam a Martino Nigrino (in quem his jam compositis incidi) *Tract. de Protestationibus* v. *Testatio n* 24. *et seq.* Qui ea salvari scribit beneficia tum specialia seu privilegia, tum generalia veluti dotis et favorabilium caussarum. Secundo expositio caussæ ac negocii vel litis; cujus substantiale est ipsa argumentatio juridica; ubi major propositio caussam petendi ex jure desumptam, minor narrationem facti complectitur, inferens in proposito illam caussam subesse quæ, uti medium concludendi, his ante conclusionem ponitur nec eam ingreditur, Obrech. *Cap* 11. *n.* 25. *et seq. et Cap.* 12. *n.* 3. *et seqq.* Et structuram quidem et formam syllogisticam libellum concepturus initio ut spectet, ac ad eam oblatam speciem revocet, oportet ut fundamentum libelli ac medium concludendi percipiat, vid. Obrech. *Cap.* 13. *n.* 1. Ast in conceptione ordinariam συμπλοκὴν stricte servari non necesse est; quin sæpe propositiones inverti solent. Equidem si major propositio aut caussa petendi, (intellige quatenus in jure posita est, nam et minor vere caussam petendi habet in facto positam, ex quo jus oritur et quod ad jus adaptatur) dubia, retineri συζυγίαν legitimam expedit, quia ita fundamentum libelli et caussæ, κρινόμενον, melius judex percipiet. Sed si caussa ista petendi, aut major propositio nota judici, a facti narratione seu minore, præsertim si in ea κρινόμενον consistat, auspicari convenit, Vigel. 3. *Instit. for.* 6. *in fin.* Obrech. *Cap.* 13. qui exemplis declarat. Sed et ubi major propositio plane certa, omitti ea; et libellus in forma enthymematis proponi potest, quia tunc totius controversiæ certamen in facti narratione, non in jure petendi consistit; ut tamen enthymematis non antecedens solum, sed et consequens existimetur, subnexa petitione, vid. Obrech. *Cap.* 15 Utraque vero propositione posita, conclusionem syllogismi attexere necesse non est, sed loco ejus petitio poni potest, etsi quandoque utramque conjungi expediat, Obrech. *Cap.* 14. *n.* 1. *et* 2. Confer Vigel. 3. *Inst. fori* 2. qui argumentationis libellaris syllogisticæ et enthymematicæ, ac utriusque rectæ ac inversæ 13. in universum formas percenset. Sed complectitur quoque libellus exceptionem replicationum et deinceps, in quibus interdum conclusio præmissis anteponitur, ceu exemplis postea *Cap* 10. declarat. Id vero in actionis libello inconcinnum foret. Enimvero res petita et caussa petendi, uti hic Donellus sumit, semper in minore propositione ponuntur, quæ et in enthymemate rarissime ac fere nunquam omitti solet. Quin medius terminus, etsi in syllogismo integro in utraque propositione ponatur, in minori tamen ubi (in perfectiori prima figura ad quam reliquæ reducuntur) solum locum prædicati habet, magis conspicuus et inde vis potissima illationis. Ex. gr. Qui vendidit pretio accepto, mercem tradere debet. Tu vendidisti ac pretium persolutum est. Ergo etc. Hic medius terminus: quia vendidisti, magis conspicuus in minore quam in majore. Unde illa omissa, ceu nota et subintellecta, illatio entymematis firma. Non autem illa posita, hac omissa sic: Qui vendidit, etc. Ergo tu mihi tradere debes. Conspicue ergo et ignoratione Logices labuntur qui medium terminum cum majori propositione confundunt, ac a facto seu assumptione secernunt ac sejungunt, Ilico Ummius *Disp. process.* 6. *th.* 11. Qui inde seducti videntur, quod Obrech. (quem sectari volunt) *C.* 11. et 12. *passim* majorem propositionem caussam petendi vocat. Quem etsi pariter errasse non credo, cum *d. Cap.* 11. *n.* 26. dicat medium concludendi bis poni et ita in utraque præmissa; satius tamen fuerat exponere quomodo caussa petendi in majore, quomodo item in minore, etc. Neque enim caussa actionis sive αἴτιον τοῦ πραχθέντος de qua Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 50. *et seqq.* diversa est, si quis vere perpendat, a caussa petendi sive medio concludendi. Quæ accedunt huic, alia narrationi conjuncta quæ ei insunt, non necessario tamen sed contingenter. veluti: 1.° descriptiones præcipuarum circumstantiarum negotii propositi, Vigel. 3. *Inst. fori* 4 Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 38. *et seqq.* prout res exigit: Personarum, ex. gr. contractum sit cum pupillo, minore, muliere, paupere, infami, sui vel alieni juris, Obrech. *d. loc. n.* 41. item an actor cum contraheret, isve a quo caussam habet, fuerit minor, pupillus, etc. Hinc enim fere patet quatenus et quousque actio teneat. Rerum, de quo vid. *N. seq.* Loci et temporis; quæ in criminalibus magis necessario exprimenda (de quo *L.* 3. *pr.*

*de accusat.* Gail. 1. *Obs.* 64. Myns. 2. *Obs.* 23. Wurms. *Tit.* 9. *Obs.* 2. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 48. quæ, quia non instituti præsentis, omitto) non æque in civilibus, etsi sæpe expediat. 2.° Clausulæ duæ, 1.° Quod amice interpellatus antea reus de solutione vel restitutione, sed frustra. Nam licet denunciatio extrajudicialis urbanitatis magis quam necessitatis, quoad impensas tamen, maxime citationis, an ea præcesserit refert, indeque aliqua hujus clausulæ utilitas, vid. Sneidvin. *ad* §. 1. *Inst. de act. n.* 122. *et seqq.* Rosbach. *Process. Tit.* 35. *n.* 17. Obrech. *Cap.* 16. *n.* 11. et 12. Confer *supra Lib.* 17. *Cap.* 1. *N.* 3. *et Lib.* 21. *Cap.* 2. *N.* 10. add. Rebuff *in Const. Reg. Proœm. Gloss.* 5. *n.* 158. 2.° Salvo jure superflui. Cujus vi pœnam plus petitionis cessare docet Zang. *d. Exc. P.* 2. *Cap.* 11. *n.* 14. Cum qua eadem fere illa: Salvo jure calculi vel plus vel minus, prout probabitur. Cui idem robur tribuunt Socin. et Zas. ut citat Dieo Ummius *Disputat. process.* 6. *n.* 56. qui tamen inutilem censet. Verum etsi id dandum, quod eum qui sciens plus debito petit, hæc cautela pœna non eximat, itemque quod qui per errorem, etiam citra hanc, jure immunis; ad hoc tamen saltem utilis ut, ea adjecta, facilius inducatur præsumptio erroris. Et abundantiores quoque cautelas opponi expedit ad tollendas pertinacium disputationes, Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 36. sed et magnæ efficaciæ illa clausula, hoc tribuens ut rationes errore comperto corrigi possint, Nigrin *de Protestat* v. *Testatio n.* 54. Alia ei accedunt; ut confirmatio et confutatio. Plane non opus est ante responsionem Rei, qua status caussæ apparet, pluribus actionem confirmare. Ast quandoque expedit principali argumentationi rationes præcipuas obices mature amovere, ut judici robur caussæ citius ob oculos ponatur, Vigel. 3. *Inst. fori* 5. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 43. *et seqq.* Atque hic convenit firmiora argumenta in principio ac fine collocare, debilioribus veluti in medium agmen receptis, Vigel. *Lib.* 3. *Cap.* 6. Sed et propositioni majori quæ ex jure desumitur, accedere possunt quæ eam confirment vel illustrent, ut si ratio ejus juris constituti proferatur, et quod novissime repetitum sit et confirmatum specialim, etc. Etsi nimis alta repetitio ridicula. ut si ex testamento agens originem juris testandi ex L. 12. tab. exponat, Vigel. *d. Lib.* 3. *Cap.* 4, et 6. in ipsa quoque narratione, circumstantiæ sæpe, expositionis specie relatæ, probabilem eam reddunt ex gr. reum homicidii inimicum capitalem fuisse occiso, ei necem minitatum stricto gladio visum eo tempore, etc. Vigel. *d. Cap.* 4. Demum petitio, seu conclusio libelli. Ubi monendum quod hæc alia sit a conclusione syllogismi libellaris quæ ad præcedens membrum pertinet ac sæpe non diserte exprimitur, licet semper vi præmissarum tacite inseratur, ubi petitio tamen omitti non potest. Quin si illa inserta, hæc eam sequitur. ut declarat Obrech. *Cap.* 14. Et hæc ad judicem directa ac necessaria, cum is officium non impertiat non petenti: terminusve libelli ac ultimus scopus dicitur, in qua tota vis libelli vertatur, ad quam potissimum respiciendum sit judici, cum ab ea narratio restringatur, verbaque dubia præcedentia ceu ad lapidem Lydium probari et reduci debeant, P. Gregor. 48. *Synt. supra n.* 7. Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 8. *et sequent.* Sneidvin. *in* §. 1. *inst. de act. n* 117. *et seq.* Wurmser. *Tit.* 9. *Obs.* 6. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 13. *et seqq.* Meichsner. *Lib.* 4. *Decis. Cam.* 22. *n.* 31. *et seq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 21. Obrech. *de Conc. libell. Cap.* 2. *in fin. et Cap.* 11. *n.* 77. *ac seq.* Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 64. *n* 34. quæ, caussa petendi omissa etc., libellum sustineat. Contra si narratioui aptæ petitio inepta subdita, libellus corruat, Obr. *d. n.* 77. Jo Pels. *Process. Tit.* 21. *n.* 38. Petitioni enim conveniens sit sententia oportet. Ac etsi proposita in narratione vel argumentatione plus inferrent, si tamen reus minus aliudve in conclusione petat, judex de non petito sententiam ferre nequit, Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 81. *per L. ult. C. de fid. lib. et simil.* Sane certas caussas referunt quibus omitti possit; 1.° Ut in caussis summariis, Scaccia 1. *de Judic.* 53. *n.* 7. Maranta *P.* 4. *Dist.* 9. *n.* 12. Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 79. Dissentire videtur Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 87. per *Clem. sæpe* 2. §. *verum de verb. sig.* 2.° Quibus judex officium non imploratum impartiri potest, Jo. Pels. *Process. Tit.* 21. *n.* 42. Obrech. *d. loc.* quas fuse percenset Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exsec.* §. 3. *Cap.* 16. *et seqq* 3.° Possessorio recuperandæ, Sneidvin. *in* §. 1. *I. de act. n.* 119. Asin. *Praxi* §. 4. *Cap.* 3. *Limit.* 80. *Membr.* 7. *n.* 1. Obrech. *d. loc.* Speckhan. *d. Quæst.* 64. *n.* 35. Dissentit Gilken. *in d. L.* 3. *n.* 88. 4.° Spiritualibus, seu Ecclesiasticis per *Cap. ad dissolvendum* 13. *de despons. impub.* Gilken. *d. loc. n.* 86. 5.° Criminalibus; quod declarant Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 18. *et seqq.* Sneidvin. Speckhan. et Obrech. *dd. loc.* Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 83. *et seq.* Joan. Pels. *d. Tit.* 21. *n.* 40. *et seq.* 6.° Quæ coram Principe tractantur, cum eo præsente factum exponitur, quo omnis defectus et solemnitas suppletur, arg. *L.* 19. *pr. C. de testam.* Sneidvin. Obrech. et Speckhan. *dd. loc.* Jo. Pels. *d. Tit.* 21. *n.* 43. Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 21. Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 85. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 112. 7.° Cum narrationi adpositum verbum *conqueror* aliudve vim concludendi habens, Sneidvin. et Speckhan. *dd. loc. n.* 91. vel ei subjecta clausula, super quibus omnibus etc. de qua mox. Addunt, In libello exceptionis; Sed is non hujus loci, vid. *supra Lib.* 22. *Cap.* 7. *N.* 12. Atque in his casibus quibus omitti potest conclusio, nec inepta adjecta vitiat. argum. *L.* 1. §. 1. *C. de rei ux. act* Obrech. *d. Cap.* 11. *n.* 80. *Pels. d. Tit.* 21. *n.* 42. Substantiale hujus, apta conceptio obligationi vel caussæ quæ præcedit congruens, ut petatur quod cujusque actionis proprium,

Obrech. *Cap.* 11. *n.* 73. ne in personam agens petat rem suam declarari, sibi restitui; aut in rem, sibi dari oportere. Utque ex propositis rite concludat ac inferat, Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 15. Nec limites actionis excedat; ut si ex *L. diffamari* experturus petat se absolvi a crimine super quo diffamatus, vel se dominum possessoremve pronunciari, Blarer. *ad L. diffam. Cap.* 5. *n.* 27. si ex empto agens non ad tradendum sed ad dandum concludat, Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo Cap.* 5. *n.* 73. Si pura obligatio, pure petatur: si alternativa, disjunctim, etc. Sneidvin. *d. loc. n.* 118. vid. *h. C. N.* 3. Et in actione in rem ex duplici caussa duplex petitio. vid. tamen *supra lib.* 19. *Cap.* 14. *N.* 1. *et Lib.* 20. *Cap.* 5. *N.* 2. Dirigenda autem potius ad judicem quam ad reum, etsi melior conceptio si ad utrumque referatur, Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 76. Accedunt conclusioni 1.° Repetitio et enumeratio, seu ἀνακεφαλαίωσις; in narratione copiosius expositorum. Quæ brevis sit oportet, per capita decurrendo, Quintil. *Lib.* 6. *Orat. instit. Cap.* 1. *pr.* nec odiosa, sed cui pondus insit, summam negotii scite contractam ab oculos ponens, Vigel. 3. *Inst. fori* 8. Obrech. *Cap.* 16. *in fin.* 2.° Clausulæ plures ac variæ, quæ nec tamen omnes semper conveniunt, pluresque supervacuo inductæ; at præcidendæ cavillationis ergo non temere adhibentur, Obrech. *Cap.* 16. *n.* 15. Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 36. 1.° Qua petitur res cum pertinentiis vel accessoriis sive instrumentis. 2.° Cum fructibus perceptis et percipiendis. Nam etsi vocula *restituendi* omnis utilitas continetur, unde re petita, etiam ista una petita censentur, Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 16. *et seqq. et supra Lib.* 20. *Cap.* 6. *n.* 4. *N.* 2. proinde clausulæ non necessariæ, nisi forte quoad fructus ante litem contestatam perceptos, ad quos se officium judicis non extendere quidam volunt, aliis tamen reclamantibus ut *d. N.* 2. non inutiles tamen ac inanes, vid. Obrech. *d. loc.* Jo. Monach. *Pract. P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 7. Rosbach. *t.* 35. *n.* 19. *et seq.* Sicuti et addi solet 3.° alioqui et æstimationem fructuum, si non exstant, solvat, Obrech. *d. loc. n.* 23. 4.° damna et interessé præteriti ac futuri temporis præstet, Obrecht. *d. loc. n.* 28. Monach. *d. n.* 7. 5.° Cum expensis litis. Quæ nisi petantur, judex ad eas condemnat necessario, sed libere si velit, Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 18. Scacc. 1. *de judic.* 50. *n.* 29. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 128. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 29. *et seqq.* Rosbach. *Tit.* 35. *n.* 22. *et seq.* Jo. Pels. *Tit.* 21. *n.* 64 *etc.* 6.° Deducendo omne jus sibi competens et competiturum; de cujus vi in actione reali Rosbach. *d. Tit.* 35. *n.* 9. *et* 10. 7.° Petit condemnari reum secundum formam juris, statutorum, consuetudinum etc. De qua Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 8. Trentacinque 2. *Pract. Resol. Tit. de Probat. Resol.* 8. *n.* 5. 8.° Ut legitimis remediis compelli: qua efficitur ut executio decernatur sine nova petitione, vid. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 6. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 126. Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 13. *et seqq.* ubi *n.* 16. inversionem ordinis (exempli gratia, ita: peto compelli et condemnari) non vitiare libellum. 9.° Quorum omnium petit cognitionem summariam, Obrecht. *d. loc. n.* 32. Sed hujus nullus, opinor, usus in ordinariis per ea quæ supra ubi de exordii clausula 4. 10.° Omni meliori modo, forma juris ac statutorum, secundum quod utilius est actori; ubi si jus commune deficiat, per municipale sustinetur. Obrech. *d. loc. n.* 33. Sed et alios effectus huic clausulæ tribuendo nimiopere liberales videntur pragmatici, vide Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 27. Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 9. Rosbach. *d. tit.* 35. *n.* 16. Sixtin. *Cons. Marp.* 21. *n.* 120. *Vol.* 2. Martin. Nigrin. *de Protestationibus v. testatio n.* 26. (qui inter primas clausulas, secundo loco hanc refert. Sed arbitrarium hac vel initio vel ad finem libelli uti.) 11.° Vulgatissima quæ priori jungi solet illa: Super quibus omnibus et singulis petit sibi jus et justitiam ministrari. Huic præ reliquis insignes vires larga et profusa manu, tanquam si jura condere et abolere illis jus esset, DD. practici concedunt. Et 9. effectus refert Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 6. *Comm. Concl. tit. de clausulis Conclus.* 4. Equidem post alios Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 12. his clausulis (hac et præcedenti, forsan autem conjunctim his duabus id tribuit, non si altera sola) 1.° omnia vitia libelli sanari. Et salvare eum ab omni ineptitudine, Guid. Papæ *Q.* 263. ibique Ramband. et Stephanus Ranchin. Maranta *h. t. n.* 15. Scaccia *d. Cap.* 50. *n.* 26. modo jus agendi ex narratione facti undecunque colligi possit. Rosbach. *Tit.* 35. *n.* 11. Obrecht. *d. Cap.* 16. *n.* 35. Sustentari libellum etsi tota actio fluctuet, Jo. Pels. *Tit.* 21. *n.* 68. 2.° Ea volunt omnem actionem competentem contineri, ut si ex facto proposito plures actiones quædam aptæ, aliæ ineptæ, et conclusio fiat in inepta, per hanc libellus sustineatur, Sneidvin. *d. loc. n.* 129. Rosbach. *d. t.* 35. *n.* 12. add. Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 10. *et seq.* 3.° Ut judex pronunciare possit de non expresse petitis, Asin. *Praxi* §. 4. *n.* 6. Gail. *d. Obs.* 51. *n.* 12. *et* 1. *Obs.* 108. *n.* 7. utque jusjurandum suppletorium deferre possit etsi non petatur, Monach. *P.* 4. *Cap.* 8. *n.* 10. Stiat. *Pract. Obs. Cap.* 20. *n.* 26. *Gail.* 1. *Obs.* 108. *n.* 7. Contra A. Fab. *C. suo Lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 8. *n.* 3. 4.° Quia disjunctiva est et separat, satis esse si aliqua in libello deducta probentur (ut scilicet de iis judicetur, reliquis non probatis) vid. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de probat. Resol.* 8. *n.* 3. 5.° Per hanc videri expensas petitas, Monach. *d. Cap.* 8. *n.* 10. 6.° Hac adjecta, conclusionem libelli omitti posse, Gilken. *ad L.* 3. *C. de ed. n.* 90. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 129. Rosbach. *d. loc. n.* 12. *et seq.* Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 67. *n.* 9. Stiatic. *Obs. Pract. Cap.* 22. *n.* 53. *et seq.* Unde hi actori de actionis genere incerto, ob factum intricatum jurisve dubium, consulunt ut, facto diligenter exposito, nihil diserte petat, sed loco conclusionis narrationi hanc clausulam subnectat. Hæc et

petendi: Et genus seu titulum actionis quo se experiri dicat. Rem (5) certam ut dicat exigimus, *L. si rem, D. de rei vind. L. in actione, D. de furt.* Nam neque sine re quæ petatur, nulla potest esse persecutio rei, neque scire potest reus utrum debeat necne quod tanquam debitum petitur, cum id quod sit non intelligetur.

III. Ut caussa petendi dicat actor exigimus; quoniam nulla est actio nisi ex certis et constitutis caussis, §. 1. *Inst. de actionib.* Fieri autem potest ut actor eam caussam dicat ex qua reus debeat, eoque etiam velit cedere. Contraque ut actor eam dicat ex qua reus non debeat, ac propterea contendendum putet. Actionum duo sunt genera, unum in *rem*, alterum in personam, *L. actionum, D. de obl. et act.* Actionis in personam generalis et communis una caussa est, ut is cum quo agitur sit nobis obligatus, *d. L. actionum.* Obligationis autem speciales caussæ quatuor a Justiniano positæ sub *tit. de oblig.* in Institutionibus: contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium; ac proinde totidem caussæ hujus actionis, §. 1. *Inst. de action.* Actio in rem duas habet caussas sine quibus non recte in rem agatur; ab actore, quod dominus est: a reo, quod is rem de qua agitur possidet. Solus enim jure civili hac actione utitur dominus, *L. in rem, D. de rei vindic.* §. *namque, Inst. de actionib.* Et ea non alius tenetur quam qui possidet, *d. L. actionum.* Unde dictum est possessionem parere actionem in rem adversario, *L. unic. C. de alie. judicii mutandi caussa fa.* Has caussas dici debere volumus; sed est hac in re quod intersit inter actiones in personam et actiones in rem. In illis namque caussam

alia id genus practici citati; add. Sixtin. *Cons. Marpurg.* 11. *n.* 3. *Vol.* 1. Pacian. *Cons.* 161. *n.* 30. *et seqq.* Ayrer. *P.* 1. *Cap.* 4. *Obs.* 6. *n.* 37. *et seqq.* Nigrin. *de Protestat.* v. *Testatio n.* 35. *et seq.* Quibus positis, frustranea erit omnis de ineptis libellis, ut de petitione ac conclusione necessaria, de substantialibus denique libelli reliquis, tractatio; quando ita invaluit ut nunquam quisquam, quantumvis jejunus, alias et crudi stomachi practicus hanc clausulam omittat. Atqui dum iidem clausularum auctores ac fautores de istis tam operose inquirunt, nonne hæc sua tradita magnam partem convellunt? Nec certe tuto aut sine periculo hujus fiducia negligentior in concipienda formula erit advocatus. Nec discretus facile judex hisce nimium tribuet. Confer Pruckman. *Cons.* 10. *n.* 56. *et Cons.* 50. *n.* 168. Quoad non narrata denique, in libello clausulam hanc nihil operari, Trentac. *d. Res.* 8. *n* 3. Huic adjungitur fere 11.° Invocans judiciale officium, Rosbach. *d. t.* 35. *n.* 25. Exigui vel nullius usus, vid. Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 36. Claudere denique libellum consuevit 12.° Salvo jure addendi, minuendi, corrigendi. Sed hanc plerique nullius roboris dicunt; nec ea effici ut libellus mutari emendarive possit, quando alias jure non licet, Scaccia, 1. *de judic.* 50. *n.* 32. P. Gregor. 48. *Cent.* 5. *n.* 9. Sneidvin. *in d.* §. 1. *n.* 130. Obrech. *d. Cap.* 16. *n.* 37. Ayrer. *P.* 1. *Cap.* 4. *Obs.* 6. *n.* 43. Rosbach. *d. Tit.* 35. *n.* 36. Jo. Pels. *Tit.* 21. *n.* 77. *et seqq.* Ac etsi Bald. ref. *eod. n.* 82. aliud putat, si dixerit, non salvo *jure* sed *arbitrio* etc. quasi tunc, si reus non contradicat protestationi, mutatio lite contestata fieri possit, ei tamen alii obloquuntur. Satis jam de forma libelli substantiali et accidentali. De effectibus vid. Obrecht. *Cap.* 18. *n.* 15. *et seqq.* Monach. *Pract. P.* 4. *Cap.* 9.

(5) Quatenus natura cujusque rei patitur. Nam ex obligatione faciendi petit id quod interest, quod incertum ut suo loco, sed quia aliter peti non potest, et ut cujusque judicii naturæ convenit. Nam in actione de universitate, ut petitione hereditatis, non oportet exprimere res singulas. In actionibus generalibus, ut pro socio, negociorum gestorum, tutelæ, petitur ratio administrationis et reliqua, *L. 2. de neg. gest.* in actionibus specialibus, ut rei vindicationis, commodati, depositi, ex empto, rem designari oportet; ita Don. ad *L.* 2. *C. h. t. n.* 7. quæ fusius exsequitur Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 64. *et seqq.* Quando libellus generalis seu petitio incerta admittatur, add. Zoan. *ad d. L.* 3. *n.* 13. *et* 15. Sneidvin. *ad* §. *Curare* 36. *I. de act. n.* 7. *et seqq.* Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 11. *n.* 43. *et seqq.* Meichsner. *Tomo* 1. *decis. Cam.* 21. *n.* 8. *et seqq.* de libello generali in petitione hereditatis, notavi *supra lib.* 19. *Cap.* 12. *N.* 4. In actione ad dotem an et quando admittatur, Manut. de Phanuciis *Tract. de Lucro dotis in rubrica n.* 28. *et* 2. *seqq.* Et ut in actu in rem speciali res designanda, satis *supra lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 16. *et seqq.* ibique *N.* 18. *et seqq.* Quodque libellus generalis non admittitur, in iis obtinet, quæ principaliter et per se petuntur. secus in iis quæ per consequentiam, Mod. Pist. *Cons.* 50. *n.* 5. Nec quæ accessorie veniunt initio designare oportet, sive accessoria rei sint, ut fructus, sive juris vel actionis, Bover. *Sing.* 31. *n.* 21. Plane si genus promissum, exempli gratia, vinum, res generaliter petenda, non autem certa species etsi vilior, ne facultas eligendi adimatur, unde plus peti dicitur; vid. Obrecht. *Cap.* 19. *n.* 24. *et n.* 34. *etc.* Libellum quoque incertum admitti ubi modicum præjudicium vertitur, Tiraq. *de Judic. in reb. exiguis fer. n.* 18. Quodque narratio generalis sustineatur per conclusionem specialem ac contra, Sich. *ad L.* 5. *C. de R. U. n.* 5.

generalem non sufficit dicere; specialem dici oportet; utputa, non satis est ita dici: peto 10. quia mihi debes, sed ita concipi oportet: Aio te mihi 10 dare oportere, quæ (6) tibi dedi mutua; et si quæ sunt aliæ similes caussæ propter quas mihi es obligatus. Hoc ideo, quia, nisi caussam obligationis adjecero, statuere non possis, id sine quo nulla est editio, utrum cedere debeas an mecum contendere. Fieri enim potest ut eam caussam dicam ob quam debeas; fieri etiam potest ut eam dicam ob quam non debeas. In actionibus in rem contra satis dixit actor de jure suo, qui se dominum dixit; idest (7) communem agendi caussam, etiamsi non adjecerit se dominum esse ex empto, ex donato, aut similibus caussis. Contraria videlicet de caussa; quod qui se dominum dixit, id dixerit, unde intelligeret reus utrum cedere an contendere deberet. Si quidem enim actor dominus est, ut se esse contendit, ex quacunque (8) caussa erit dominus, semper hoc idem valebit ut possessor rem debeat petitori restituere, *L. officium, D. de rei vindicat.* Debet etiam in actione in rem clare designari res quæ petitur, ut supra *lib.* 20. *cap.* 4. exposui.

IV. Sed quid si vel caussa obligationis in actionibus in personam, vel certa rei designatio in actionibus in rem omissa fuerit? Dicimus non propterea libellum (9) quasi vitiosum repudiari, *L.* 3. *C. de ann. except.*

(6) Ubi quæ specialis caussa, eadem remota. Ex contractu enim obligatio, ex hac actio Gail. 1. *Obs.* 51. *n.* 4. Sneidvin. *ad* §. 1. *Inst. de act. n.* 110, *et* 113. Gilken. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 63. Jo. Pels. *Process. Tit.* 21. *n.* 18. Scacc. 1. *de Judic.* 50. *n.* 24. tametsi Obrech. *de Conc. libel. Cap.* 11. *n.* 54. *et* 57. contra obligationem vocet caussam remotam, contractum autem propinquam. Sed et hic caussæ remotæ expressio sufficit, etsi proxima retineatur. Licet enim Baldus post gl. referente Gilken. 10. *d. n.* 63. eam quoque allegandam voluerit, contra tamen alii communius, cum ex speciali seu remota inferatur generalis seu propinqua, etsi non necessario (cum possit esse, exempli gratia, ut qui emit solverit,) tamen juris præsumptione *L.* 16. *de probat.* Et ita libellum concludere sufficit per *L.* 17. §. 1. *Quæ in fr. cred.* Sneidvin. Gail. et Gilken. *dd. loc.* Obrecht. *d. Cap.* 115. *n.* 56. Neque enim quæ defensiones Rei concernunt libello inserenda, sed ejus responsio expectanda. Unde nec requisita omnia caussæ aut solemnitatis extrinsecas referri oportet; exempli gratia: qui ex testamento agit, non necesse est ut referat quod septem testes adfuerint, etc. Vigel. 3. *Inst. fori Cap.* 1. *pag.* 249. Qui a minore emit, non necesse est alleget curatore auctore et decreto magistratus, Mathesilan. *Singul.* 11. vid. Pels. *d. tit.* 21. *n.* 20. *et seq.*

(7) Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 7. Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 62. Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 64. *et seqq.* Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 24. et DD. comm. Idem est in actione in rem universali ut *supra Lib.* 19. *Cap.* 12. *N.* 4. An autem utile sit actori caussam specialem exprimi vid. *supra Lib.* 22. *Cap.* 5. *n.* 16. *in fin. N.* 18.

(8) Ita et Donellus ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 8. Sarayna *ad Mathes. Sing.* 9. *n.* 5. Gail. *d. Obs.* 61. *n.* 7. *et* 8. Sneidvin. *ad d.* §. 1. *Inst. de act. n.* 116. Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 65. *et seq.* quia uniformis est actio in rem ejusdemque naturæ, quocunque ex jure, quacunque caussa dominium acquisitum. Plane non desunt qui volunt in hypothecaria caussam una remotam exprimi debere, ut relati a Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 62. et qui hinc confessoriam et negatoriam eximunt et publicianam, Jo. Pels. *Tit.* 21. *n.* 24 quia, ait, pignus et servitutes ex pluribus caussis constitui possunt. Ast immo et perplures sunt caussæ acquirendi dominii. Verum, uti dominium semel acquisitum denuo ex alia caussa acquiri nequit, ita nec pignus opinor, aut servitus.

(9) Atqui decantatissimum nostris, requisito uno substantiali omisso, totum libellum corruere ceu ineptum. Ineptum autem libellum adeo vitiosum esse, ut actor, etiam non opponente reo, a limine judicii removendus sit. Quodque judex libellum ineptum ex officio rejicere adeoque dentibus lacerare debeat, cum nullitas inde proveniens ita leprosa sit ut totum processum inficiat, utque etiam post sententiam, quæ vires alias judicati sortita esset, opposita executionem impediat. Et quod sententia super inepto libello ipso jure nulla. *C. Cum dilecti* 3. *de empt. et vend. C. examinata* 15. *de jud.* Ideoque exceptioni inepti libelli etiam post sententiam locus, vid. Curt. Jun. *Cons.* 163. *n.* 5. *et* 6. Nam cum petitioni convenire eam oporteat, sententiam quoque ineptam esse quæ ex libello inepto, illi conformis lata etc. Hæc et alia id genus DD. Marsil. *Sing.* 119. Bover. *Sing.* 31. *n.* 34. Mathesilan. *Sing.* 9. Curt. Jun. *Cons.* 163. *n.* 5. *et* 6. Zoan. ad *L.* 3. *C. h. t. n.* 16. *et n.* 32. Gail. 1. *Obs.* 66. *et seq.* Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 10. *et seqq.* Moller. *ad Nov. S ix.* 2. *p.* 1. Lancell. Conrad. *de Off. præt. in causs. civ. L. v. Libellus n.* 8. Asin. *de Execut.* §. 3. *Cap.* 61. *et* 3. *seqq.* Sig. Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 5. *et seqq.* Obrech. *de Conc. Libell. Cap.* 18. *n.* 10. *et seqq.* Jacob. Schult. (hos auctores non citans) *Obs. forens.* 6. Et ita quidem omnino est, quando vel contra stilum Curiæ lege inductum is conceptus, ut si in foro Saxoniæ articulatus exhibeatur, *d. Nov.* 2. *p.* 1. vel ita totus mendosus, vitiosus, ut nulli declarationi locus sit, nec interpretatione salvari queat: veluti ratione rei,

*C.* 3. §. *secus, Extr. de sent. et re judic. lib.* 6. quanvis reus postulare possit, et rem sibi designari. et caussam obligationis exprimi; et ni id fiat, potest hodie a judice qui acto-

si actor quid petat plane non ostendat: ad quid enim condemnari reus posset? Differunt res ipsa petita quæ substantiale est libelli. in expositione negocii semper requisita. et ejus rei designatio et descriptio de qua *h. C. N.* 5. quæ in circumstantiis, exempli gratia, ubi situs fundus, quos limites habeat, ut *supra Lib.* 20. *Cap.* 4. *n.* 16. *N.* 18. Quæ non est causæ ex qua agitur, sed rei quæ ad caussam pertinet, nec in ea substantialis forma libelli, alias in omni actione foret necessaria (contra quam *h. C. N.* 5.) sed accidentalis, Vigel. *Lib.* 3. *Instit. fori Cap.* 4. Item si petatur res commerciis exempta, aut sacra, religiosa, servus Christianus a Judæo etc. Ratione canssæ, si AUT NULLA plane adferatur, ne generalis quidem; Nam quod Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 13. scribit, caussa qualicunque omissa. libellum apta petitione et conclusione substineri, id non aliter obtinere puto. quam si in præcedenti narratione scilicet caussæ mentio non facta, fiat autem in ipsa conclusione, ubi si totum libellum omnesque ejus partes attendas, non vere omissa caussa. Veluti si in conclusione actionis realis dicatur: peto declarari rem ad me pertinere jure dominii vel quasi et proinde restitui etc. Secus si solum dicat: peto rem restitui, per ea quæ Wesenb. ut *supra Lib.* 20. *Cap* 5. *N.* 3. AUT INEPTA. Talis est. si vel ex ea jus agendi non inferatur, sive exinde nulla jure prodita actio; veluti si petas 10. quia rex est in Francia, ita Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 10. Sed hoc quidem modo aut simili nec ineptissimus rabula. modo mentis non emotæ, unquam egit. Sumamus exempla ex usu vitæ, quæ specie veri æquive imperitos sæpe fallunt. Veluti si petas 10. ex nudo pactu, ex stipulatione legibus improbata, aut quovis alio contractu jure invalido et nullo, aliove negocio ad obligationem civilem pariendam inefficaci. Cujusmodi plura sunt quæ non improbabili specie incautis imponunt, ut ea re sæpe peccetur: sive nondum nata. ut si ex obligatione conditionali ante eventum conditionis. Mathesil. *Sing.* 9. Scaccia 1. *de judic.* 50. *n.* 11. ad notata *supra Lib.* 15. *Cnp.* 11 *N.* 1. sive exstincta, Matth. et Scaccia *dd. loc.* cum scilicet de eo ex ipso intuitu legentis apparet. Quoties denique exceptione intentionis. vel sibi non competit actio. repelli potest agens. Huc enim pertinet quod dicitur agentem sine actione judicis officio repelli, vid. *not. infra Lib.* 24. *Cap.* 2. Vel generalis nimis et indiscreta ut ex ea genus actionis non appareat, veluti peto 10. a Titio quia mihi debet. Nam etsi Don. hic libellum hunc vitiosum esse; etsi DD. vulgo, caussa obligationis non expressa, recte quidem excipi ceu contra libellum generalem; ast si non excipiatur sustineri eum, quod in progressu, quandocunque ante sententiam. declarari et generalitas tolli ac restringi queat, Sneidvin. *in* §. 1. *Inst. de act. n.* 114. et notant DD. in *L.* 1. *h. t. et in d. Cap.* 2. *et* 3. *Extr. h. t.* teste Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 11. *n.* 58. et Asinio *de Exsec.* §. 3. *Cap.* 229. *n.* 4. Jac. Concenat. *Lib.* 1. *Quæst. juris Cap.* 1. *n.* 34. *per d. L. ult. C. de ann. exc.* contra tamen rectius Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 11. *et seq.* Obrecht. *d. Cap.* 11. *n.* 59. *et seq.* Et Asin. *d. loc. n.* 6. cautius agere judicem si talem libellum non admittit ob dubitationes ac cavillationes. quæ postea fieri possunt, et quia certa litis contestatio fieri nequit, nisi de caussa obligationis aperte constet. Incerta autem si fiat, labili fundamento processus innitetur. Nec obstat *d. L. ult.* Nam ratio Vacon. *d. loc. n.* 12. *et seq.* admitti illic, non ad hoc ut actio teneat, sed ut usque ad 40. annos perpetuetur, interrupta præscriptione. Præscriptionum enim ratio desidia et negligentia, quæ cessat oblato libello qualicunque, etsi in eo nec quantitas nec caussa expressa (add. quæ ex Gerardo *supra h. Cap. N.* 5. *circ. med.* ibi autem de obscuro libello ratione sermonis et rei tractavi, ubi non satis constat quid petatur. Hic ratione caussæ, ubi obscurum unde petatur; quod moneo ne quis putet me hic crambem recoquere.) Nec obstat *d. Cap.* 3. §. *secus de re judic. in* 6. Nam, ut ex principio ejusdem et toto contextu apparet. loquitur de actione in rem; et deciditur quod si in ea certa caussa, vel titulus expressus, alia caussa probari nequeat eodem judicio; secus si generalis solum caussa (dominium vel quasi) probata. Non adversatur in *d.* §. *secus* vocula *obnoxium*, quia et actioni in rem accommodari potest, ut per not. *supra Lib.* 17. *Cap.* 18. *N.* 14. Et ibi vocula *vel* non sejungit sed declarat, ut alibi sæpe Nec obstat *d. Cap.* 3. *Extr. h. t.* Neque enim quia a rejectione exceptionis libelli inepti appellatur, consequens libellum jure subsistere. cum jure Canonico usus appellationis latissimus sit etc. Verissimum itaque caussa obligationis omissa, non audiri qui offert se declaraturum eam et in processu litis probaturum intentionem. Neque in hoc quoque libello emendationi locus, cum non insit ei menda, sed totus mendosus sit. Sed oportet novum libellum aptumque offerri. et inducias deliberatorias reo concedi. Vacon. *d n.* 13. Enimvero tradita Donelli vix secum consentiunt. Si enim hæ partes libelli, una deficiente, imperfectus fit per *L.* 1. *de O. I* Proinde vitiosus oportet. ut in simili ipse Donellus arguit *ad Comment. in Tit. Dig. de jurejur. Cap.* 11. *n* 4. Et si nomen actionis olim necessario exprimendum, quod Donellus vult ut in seqq., utique et caussa. Quin. nomine expresso, non potest dici caussa obligationis omissa. ut evidens est. Ratio illationis: si caussa apta quidem alias, sed non ex ea id infertur quod petitur. verum aliud. Ex gr. In narra-

rem ad ea non compulit, appellare, *C.* 2. et 3. *Extr. de libel. oblat.*

V. Ad hæc accedere debet, ut quidem olim jus fuisse constat, nomen et genus actionis quo actor dicat se experiri, puta, hoc modo: Quia fundum illum tibi vendidi C. aureis, idcirco peto ex vendito, ut mihi C. des; vel: Ajo te ex vendito C. mihi dare oportere. Quod ita esse hæc probant. Primum quod Pomponius in *L.* 2. §. *his legibus*, *D. de orig. jur.* scribit actiones ita initio compositas fuisse, ut certæ essent atque solemnes; nam certæ ad nomina, solemnes ad formulas referuntur: deinde idem demonstrant *L.* 1. et 2. 3. *D. de præs. verb.* in quibus scriptum est tunc demum perveniri ad actiones in factum, cum deficiunt usitata actionum nomina; item, cum nomina actionis invenire non possumus. Quo declaratur sic nomina actionum fuisse, ut quandiu possent inveniri tandiu his esset utendum, nec prius ad actionem in factum, idest eam quæ sine nomine rem factis gestam demonstraret, confugere liceret. Probant item dubitationes veterum tam multæ, qui in eadem specie facti, de quo facto constet inter omnes, tamen quærunt utrum illo titulo, et nomine actionis, an illo potius utendum sit, *L.* 1: *D. de æstimat.* *L. Qui servandarum*, *L. apud Labeonem.* §. 1. *D. de præsc. verbis.* *L.* 1. *D. si mens. fal. mod. dix.* Quæ omnis stulta esset contentio, si contempto actionis (10) nomine

tione actor proponit caussam agendi, quod emerit fundum Tusculanum a Cajo: In conclusione petit se dominum declarari ac fundum cum fructibus et omni caussa sibi restitui; Sic ex *L. diffamari* experturus ponit se diffamatum, ceu criminis reum, ceu debitorem, ceu non dominum, aut possessorem. In petitione intendit se a crimine absolvi, dominum possessoremve declarari In quo sæpe errari notat Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 27. Cæterum in dubio libellus præsumitur aptus, et quoad fieri potest interpretatione adjuvandus, *L. si quis* 66. *de judic.* vid. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 12. Rosbach. *Process. Tit.* 33. *n.* 37. Utque sustineatur, verba latiori sensu accipimus et ad improprium significatum trahimus, vid. Vital. 1. *Var. Lect.* 1. *n.* 3. *et* 4. Beust. *ad L.* 11. §. 2. *de Jurej. n. n.* 27. *et seqq.* Gail. 1. *Obs.* 66. *n.* 7. Myns. 4. *Obs.* 5. Rosbach. *d. loc. n.* 38. Sixtin. *Consil. Marp.* 21. *n.* 15. *et seqq. Vol.* 2. Henning. Goden. *Cons.* 43. *n.* 1. *et* 2. exemplum proferens, si quis dicat se locasse fundum pro certa quantitate frumenti, etsi propris non sit locatio, *L. si olei*, 21. *C. de Locat.* (vid. tamen not. *supra Lib.* 13. *Cap.* 6. *N.* 10.) si dicat se mutuasse librum, esse in possessione servitutis etc. Beust. *d. loc.* Ac si duo capita libelli, per quorum alterum idoneus, ex altero vero ineptus, ab idoneo vires et robur accipit, per *L. habebat* 13: *de Inst. act.* Coras. *SC. Tolos.* 29. Ubi vero ita in materia, aut forma ineptus ut salvari nequeat, reus ab observatione judicii absolvitur, actore in expensas condemnato, post alios Rosbach. *d. tit.* 33. *n.* 36. Gail. 1. *Obs.* 67. *n.* 1. *et* 2. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 2. *P.* 1. *n.* 6. salvo jure proponendi aliam actionem aptam. Gail. *d. loc.* Sixtin. *Cons. Marp.* 21. *n.* 111. *Vol.* 2. Martin. Nigrin. *de Protest.* v. *Testatio n.* 58. Junge not. *supra Lib.* 22. *Cap.* 5. *N.* 20. Sed et rejecto libello, judex citra absolutionem rei, actori præcipere potest ut alium aptum edat, Gail. *d. Obs.* 67. *n.* 5. Denique in summariis quæ libellum non requirunt, ut *h. Cap. N.* 2. ineptitudo non obest, etiam opponente parte, sed sententia super inepto libello valet, Maranta *P.* 4. *Dist.* 19. *n.* 14. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 16. Meichsner. *tom.* 1. *Decis. Cam.* 28. *n.* 21. Jac. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 268. modo quid actor velit petatve constet, Marp. *d. loc.* Confer *h. C. N.* 3. vers. *Nisi obscuritas tanta.* Quodque si coram Principe litigetur, non attendatur ineptitudo, et potius caussa quam conclusio, tradit Chassanæ. *Catal: gloria mundi p.* 5. *Consid.* 24. *n.* 29. Et Myns. 4. *Obs.* 5. ubi de justitia caussæ apparet tandem in Camera non attendi, cum vice Imperatoris judicet, qui has ambages insuper habere possit.

(10) Eodem modo Don. *ad L.* 3: *C. h. t. n.* 10. (addens non frustra prodita esse nomina actionum jure civili, sed ut actiones quæque suis nominibus ederentur) et de *præscr. verb. Cap.* 21. *n.* 5. ac ad *L. un. de Cond. ex lege n.* 5: *et supra Lib.* 21. *Cap.* 2. vid. *ibid. ante n.* 20. Cui quoad jus Digestorum consentiunt Vult *ad pr. I. de act. n.* 15. Good. *ad L.* 5. *pr. de V. S. n.* 27. Zoanet. *ad L.* 3. *C. h. tit. n.* 6. *et seqq.* Lud. Vital. *L.* 1. *Var. Lect.* 1. *n.* 10. *et seqq.* Qui hoc confirmare nititur 1.° per *L.* 1. *pr. D. h. t.* verbis cognita actione 2.° *L. omnes* 33: *alias L. ult. C. de Ep. Cler.* ibi *proposita actione.* Quia facti propositio intelligi nequit, cum caussæ distincta illic mentio fiat 3.° per *L.* 3. *C. h. t.* quia illius judici nec mutatio cognosci potest, nisi expressa actione, quando ex eodem facto plures actiones competunt, nec emendationis necessitas si nomen non exigeretur. 4.° Facilior deliberatio reo, nomine expresso, quam si ipsi ex facto proposito genus actionis investigandum, cum et si ex illo plures actiones nascantur, incertus sit utram intentaverit actor. Contra nituntur Elb. Leonin. 3: *Emend.* 8. *n.* 5. Wesenb. *in Paratitl. h. t. n.* 7. Myns. *ad pr. Inst. de act. n.* 6: Bronc. 2. *Misc. Ass.* 55. Vacon. 6. *Declar.* 88. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 23: *et seq.* Quorum opinioni accedo, non tam exinde quod non intersit quid ex æquipollentibus fiat et num quid per se certum sit an per relationem ad aliud, quam quia immo, si veteres formula-

suffieeret factum tantum proponere, et ex eo intendere tibi illud aut illud dari oporlere. De qua re scripsi diligentius ad *tit. de præscr. verb.* Nunc ex multis collegi pauca, quia ita locus incidit. Hoc an sublatum sit, *L. ult. C. de formul. et impetrat. act. subl.* dubitari potest. Quoniam ea constitutio non vult fraudi esse cuiquam quod actionem non impetrarit, dummodo constet eam aptam esse et proposito convenientem. Sed apparet quid remittat de jure vetere ea constitutio. Hoc remittit, ne sit necesse actionem impetrare: nihil amplius. Proinde cætera manebunt quæ ante fuerant, *L. præcipimus in fin. C. de appellation.* At enim vult constitutio satis esse si actio sit apta et proposito conveniens. Ita est, sed vult esse actionem. Non est autem actio nisi quæ suo nomine appellatur. Aliter reputantibus omnia scripta omnesque vigiliæ veterum de actione præscriptis verbis deque cæteris actionibus exponendis, uno verbo intercident; quod non est credibile imperatores (11) voluisse, *L. si quando, C. de inoffic. testam.* sed quid faciat nomen actionis, ut reus sciat utrum cedere an contendere debeat? Plurimum, si id jus valet quod supra dixi, ex quo constet jure actionem esse; tamen si alia actione te agere dices quam ea quæ in eo genere certa prodita est, (12) non tenebit intentio, *L. 1. D. si mens. fal. mod. dix.* ut proinde habeat reus in eo cur contendere debeat; scilicet quia ista intentione posita vincet qui fortasse apta actione proposita cessurus foret. Sane si quis non de jure civili disputet, quo certum est actionum edi nomina oportere; sed ex æquo et bono rem istam dijudicet, dum res ipsa, hoc est actionis genus ex narratione libelli intelligatur, non magnopere de nomine laborandum pulet. Idque ita jure pontificio receptum est, quo jure æquitatem in omnibus præcipue spectari dicunt, (13) *C. dilecti Extr. de judicat.*

rum conceptiones inspicimus, vix nominis expressioni locum in iis concinnum dari posse reperimus. Quod scite ostendit Vacon. et ex parte Obrecht. *dd. loc.* Nam et in rei vindicatione ineptus fuisset actor solemnibus formulæ verbis *ex jure Quiritum meum esse ajo* adjiciens *rei vindicatione.* Et in actione in personam contractus sane vel negocium, unde obligatio. si nomen illi certum, designandum erat, ut *N. præced.* Eo designato, quorsum opus actionis nomen, commune ut plurimum, exprimere, cum nec in narratione nec in petitione ipsi locus concinnus fuerit? Quo de consule Vacon. et Obrecht. *dd. loc.* unde non operosum erit contrariis occurrere. Quod omitto dum prolixitatem vereor.

(11) Ita et Donellus *ad d. L. 3. C. h. t. n.* 11. Et formulæ, ait, veteres nugacibus sæpe verbis constabant, Cicer. *pro Muræna*, Nomen autem rem ipsam exprimit. Ac consentit Vital. 1. *Var. Lect.* 1. *n.* 14. *et* 15. Zoan. *ad d. L.* 3. *C. h. t. n.* 6. qui hoc comprobat per *L. ult. C. de interd.* Cujus auctores noviores Constantino, ubi actio dicitur exprimenda. Expressum autem, quod verbis expressis fit, non quod tacite colligitur.

(12) Sed ad hoc vide Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 6. *et* 7. qui ostendit non utique vitiari formulam vel libellum alio nomine actionis expresso; sed si aliud negocium gestum et formula alii negocio conveniens, isti autem inconveniens proponatur.

(13). Vid. *supra Lib.* 21. *Cap.* 2. *n.* 20. *L.* 3. *C. h. t. n.* 11. Atque in eo DD. nostris convenit, ut et in eo quoque quod dispositio hæc in utroque foro recepta ac servari debeat, Zoan. *ad d. L.* 3. *n* 5. *et n.* 10. Gilken. *ibid. n.* 92. Vital. 1. *Lect.* 1. *n.* 8. *et n.* 20. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 1. Scacc. 1. *de Judic.* 50. *n.* 20. Valasc. *de Jur. Emphyt. Q.* 6. *n.* 9. vid. Speckhau. *Cent.* 1. *Quæst.* 64. *n.* 29. *et seqq.* Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 2. *Cap.* 1. Nam ex caussa et jure petendi ac medio concludendi qualitas intentatæ actionis colligitur, vid. Gail. *d. loc. n.* 9. Scaccia *d. n.* 20. Apta tamen sit narratio oportet, ut inde, quæ actio intentetur, cognoscatur, vid. *Cap.* 1. *de mutuis petit.* Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 8. *n.* 25. Cautus itaque actor sit in genere actionis investigando, ut ad naturam illius et requisita libellum concipiat, Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 8. De qua investigandi ratione consule Obrecb. *de Concip. libel. Cap.* 10. Rulant. *de Commissar. Part.* 3. *Lib.* 2. *toto* et cum primis Vigel. *in Repertorio juris*, qui singulatim per omnes caussas actionum transit satisque accurate exponit, ac *Inst. fori Lib.* 1. *Cap.* 1. *et seqq.* ubi quasi in Epitomen contracta, quæ fusius in repertorio exposita. Plane ubi negocium propositum plures producit actiones. nomen adhuc actionis edi debere volunt, ne sola expressio nudæ caussæ incertum reddat reum de qualitate actionis; ita post veteres. Gabr. Saravna *ad Mathesilan. Singul.* 9. *n.* 7. Gail. 1. *Obs.* 61. *n.* 21. Scaccia 1. *de Judic.* 50. *n.* 20. Bronch. 2. *Misc. Ass.* 55. *in fin. per L.* 28. §. 6. *de jurej. L.* 13. *de instit. act. simil.* Neque his contrarium est (etsi ita videatur Eberhardo Speckhan. *d. Q.* 64. *n.* 31. *et seq*) quod Wesenbecius scribit *Consil.* 3. n. 20. nullo expresso actionis nomine intelligi maxime idoneam propositam. Nam et ita ipse Gail. *d. Observ.* 61. *n.* 9. *et* 10. judicem, si sit obscurum quæ actio intentata, elicere eam quæ utilissima actori, illamque in dubio intentatam censeri quæ melius facto applicari potest, per *L.* 66. *de judic.* Quem tamen sibi ipsi *ead. Obs. n.* 21. contradicere non est credibile. Quomodo et Henning. Goden. *Con.*

*sil.* 43. *n.* 1. quod ubi fieri potest salva ratione recti sermonis, conclusio adaptari debeat ad actionem eam quæ commodior actori. Nimirum ita conciliauda hæc videntur, si verborum propria vi inspecta, intentata esset ea actio, quæ ex caussa illa non oritur: illa autem per abusionem deflecti possunt ad actionem aliam proposito convenientem, ne corruat libellus; id fieri debet per not. *h. C. N.* 9. *sub fin.* Quod si verbis communibus usus actor, et duæ pluresve concurrunt actiones quarum altera commodior vel expeditior, hanc judex eligit, et de hac sensisse actor creditur. Si tamen reus sibi declarari petat qua forma agendi procedere velit actor, id ipsi exprimendum. Cæterum, et nomine actionis expresso, non impedire quo minus alia aptior ex narratione et conclusione libelli colligi possit, censet post Mynsing. *Consil.* 13. Sixtin. *Cons. Marpurg.* 11. *n.* 3. *Vol.* 1. Quomodo et ex recepta sententia aptam libelli conceptionem ineptæ actionis adjectio non vitiat sed vitiatur, vid. Vacon. 6. *Declar.* 88. *n.* 5. *et* 2. *seqq.* contra nitente licet Zoaneto *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. n.* 10. *et* 2. *seqq.*

## CAP. V.

### An actionem semel editam emendare et mutare liceat, et quandiu.

*Propositæ quæstionis occasio* I. *Proponitur illa, et definitur in* L. edita 3. C. de ed. *Hujus appendix* L. unic. C. de lit. cont. II. *Integri rescripti expositio et analysis.* III. IV. V.. *Veterem actionem licet actori omittere duntaxat ante litem contestatam.* VI. *Mutare vero illam atque emendare etiam* postea. *Suffragatur* L. nemo potest 11. de Judic. VII.

I. Sive autem instituatur nunc primum actio, sive actione prima instituta, emendata, aut mutata, instituatur nova, semper hæc lex dicitur ei qui agere volet, ut qua actione acturus est, eam edat. Hoc est quod dicitur in *L. edita, C. de eden.* licere emendare vel mutare editam actionem, dummodo ita mutetur et emendetur *prout edicti perpetui monet auctoritas.* Edictum perpetuum intelligunt imperatores, qua parte est de edendo. Id edictum monet edendam esse actionem, quacunque quandoque usurus sis, *d. L.* 1. *D. eod.* Quare, cum is qui actionem antea etiam mutat aut emendat, nova actione experiatur et ante hac reo incognita; pertinet ad hunc etiam superioris edicti authoritas quæ facit, ut eam quoque actionem edere debeat: sed prior quæstio est, an liceat emendare vel mutare editam semel actionem. De qua dicam hoc loco, magis quia nobilis quæstio creditur, neque est ab omnibus satis explicata, quodque ejus explicatio ab iis qui *L. edita* attingunt expectari solet, quam quod locus de edenda actione propositus eam interpretationem magnopere flagitare videatur. Quanquam haud temere est, si id hoc loco quæritur; cum frustra dicamus actionem mutatam oportere edere, nisi prius constiterit mutari posse.

II. Et vero *L. edita* hæc una quæstio proposita fuit, an (1) mutare licuerit, non de editione actionis. Quod ut intelligatur, sciendum est unum fuisse rescriptum Imperatorum Severi et Antonini, cujus partes fuerint duæ quæ deinde postea divulsæ sint. Ex quibus prior est quæ legitur in *L. unica, C. de lit. contest.* Posterior ea quæ legitur in *L. edita*, ut inscriptio, et subscriptio utriu-

(1) De hac correctione et mutatione libelli quatenus et quousque licita, collibitum sane plenius ab Interpretibus tradita excutere exemplo Capitis præcedentis. Verum cum modus libri non patiatur, exactiora differo. Consulere potest de reliquis avidior lector Donell. Zoanet. et Gilken. *ad L.* 3. *C. h. t.* Sichard. *ad Auth. qui semel Cod. quom. et quand. judic. n.* 12. *et seqq.* Menoch. *Arbitr. Cap.* 5. 176. Fachin. 11. *Contr.* 91. *et* 9. *seqq.* Bronch. 1. *Enant.* 28. Obrech. *de Concip. libell. Cap.* 20. Damhuder. *Prax. civil. Cap.* 110. Vacon. 6. *Declar.* 89. Mudæ et Sneidvin. *ad* §. *si minus* 34. *et seq. Instit. de act.* Cæsar. Courard. *in L. diffamari Cap.* 3. *n.* 95. *ac seq.* Reiner. Bachov. *Miscel. disp. Cap.* 1. *pag.* 9. *et seq.* Philipp. Matth. *ad L.* 86. *de R. J. n.* 24. *et seqq.* Jacob. Ayrer. *Process. Parte* 1. *Cap.* 9. *Observat.* 10. Gilman. *Lib.* 1. *decis. cam.* 41. Wurms. *Tit.* 9. *Observ.* 3. Joan. Pels. *Process. Tit.* 21. *n.* 84. *et seqq.* Jecob. Schult. *Q. Pract.* 10. *n.* 35. *et seqq. et Observ. forens.* 48. *et seq.* Eberh. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 65. Mod. Pist. *Parte* 4. *Q.* 130. Hartm. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 22. *et Q.* 23. *n.* 12. 16. *et seq.* Coler. *dec.* 109. *et* 129. *Nov. Elect. Sax.* 11. *Parte* 1. *ubi* Moller. *Diff. jur. civil. et Sax.* 11. *Parte* 1. *Consult. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. *Q.* 3. *etc.*

sque loci eadem confirmat. Utrobique enim imperatores iidem, consultor idem, idem tempus, iidem consules. Nam quod in vulgaribus exemplaribus hoc dissidet, quod in *L.* 1. *C. de lit. contest.* subscriptio ita est, *D. Cal. Septem.* in *L. edita* ita est *D.* 11. *cal. Sep.* parum movere nos debet. Suspectum est enim illud, *secundo* cum Latini magis dicere soleant pridie Calendas quam secundo Calendas. Sed sive idem rescriptum semel datum est sive sæpius, certe hoc constat in *L. un. C. de lit. contest.* distinctionem proponi, qua interesse dicunt imperatores inter litem contestatam et editam actionem. Cujus distinctionis alteram tantum partem quæ est de lite contestata, imperatores eo loco expediunt. Altera autem pars quæ est de edita actione, sine dubio est ea quæ legitur in *L. edita*. Est enim ad definitionem illam quam dixi, explicandam ita accommodata, ut non aliud membrum ei distinctioni convenientius et quod propositæ differentiæ rationem magis contineret reperiri potuerit. Ita quæ fuit imperatoribus in una parte ejus rescripti quæstio proposita, eam fuisse propositam in utraque intelligendum est. Fuit autem, ut dixi, hæc una, an actori liceret actionem ante litem contestatam, invito reo, emendare, mutare, relinquere? Id tractatum est in specie hujusmodi: Valens utriusque loci consultor fundum Tusculanum petierat et actionem ediderat reo; postea, nondum lite contestata, cæpit totum fundum petere. Reus non patitur totum a se peti; sed de actione edita cognosci prius et pronunciari vult, quasi editam actionem mutare non liceat. Ab eo hæc ratio afferebatur: Constabat, re in judicium deducta, de ea re judicem cognoscere debere, *L. judicis, C. de judic.* Et de qua cognoverit, etiam de ea judicare oportere, *L. de qua re, D. de judic.* Sic ergo assumebat: Atqui actione de parte fundi edita, ea pars in judicium deducta est. Ex quo efficiebatur et de ea oportere judicari. Jam vero esse hanc partem in judicium deductam, postquam actio de ea edita est, probabat argumento litis contestationis. Nam lite contestata res in judicium deducebatur. Quasi utrumque idem valeat, edita actio et lis contestata.

III. Consulti imperatores prius rationem superiorem removent. Qua remota, statuunt id de quo quærebatur. Res, ajunt, *in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita.* Quasi dicerent: Nihil obest actori quod de re in judicium deducta prius judicari oportet. Hic enim res non est in judicium deducta, ubi nihil amplius quam actionis species ante judicium reo cognita est, idest actio edita. Nec ad rem pertinet quod litis contestatione res in judicium deducitur, *Inter litem enim contestatam*, inquiunt, *et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negocii caussam audire cœperit.* Hictenus fragmentum *L. un. C. de lit. contest.* Restabat ut dicerent quando videretur actio edita, ut probaretur quod proposuerant, inter ista multum interesse. Et vero fecerunt. Hoc enim est quod hic legimus *edita actio speciem futuræ litis demonstrat.* Hoc vero differentiam illam quam esse posuerant imperatores, plane et dilucide aperit. Nam si per litis contestationem caussa cognoscitur, litis contestatio litem præsentem habet, ac proinde litem præsentem in judicium deducit. At si actionis editio speciem tantum futuræ litis demonstrat, apparet nullam adhuc tunc litem esse cum editur actio, ac propterea eam quæ non est, in judicium deduci non posse. Remota ratione quæ ei qui actionem emendare aut mutare volebat obstare videbatur, recte inferunt quod sequitur et quod in quæstione positum erat, actionem nimirum (2) emendari vel mutari licere. Unde intelligitur jam cur hic non definiatur aperte quando videatur actio edita: scilicet non erat id imperatoribus propositum in eo rescripto unde hoc fragmentum transumptum est. Simul intelligitur et illud, cur hic injecta sit mentio de mutanda actione. Quippe id ut apparuit, in illo eodem rescripto quærebatur. Etsi autem imperatorum is fuit sensus in eo rescripto, quem dixi; tamen, quia per occasionem in eo definitum erat quid esset lis contestata, quid edita actio; ob eam caussam hæc disjuncta sunt, et quod erat litis contestatæ, relatum est in *tit. de litis contest.* quod autem erat editæ actionis proprium, in hunc titulum de edendo est translatum. Nunc venio ad id quod de mutanda actione dicunt imperatores.

IV. Ajunt *quam emendari vel mutari licet.* Emendare actionem editam est, actione retenta, aliquid ei adjicere vel detrahere. Ut si quis pro decem quæ sibi deberi ex caussa mutui dixit, postea petet ex eadem illa caussa viginti: aut pro viginti nunc petat decem. Mutare actionem est, repudiata priore actione edita, instituere novam. Ut si quis, cum petiisset fundum ex testamento,

(2) Convenit ipse Donel. *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 5. *et n.* 22.

eum postea sibi deberi intendat ex stipulatu. Utrumque facere licere hujus loci sententia est. Exempla habes et confirmatam in his superiorem sententiam in (3) §. *si minus, Inst. de actionib.* Sed hoc facere tantum licet, iis conditionibus duabus quæ illic comprehensæ sunt. Una, dum ita fiat *ut edicti perpetui monet* (4) *auctoritas.* Quod quam sententiam habeat jam ante dixi. Altera, dum ita permittatur mutari et emendari *ut jus dicentis decernit æquitas.* Illud enim *prout* non refertur ad verbum *licet*, sed ad verba *emendari et mutari.* Non enim licet ut edictum monet, sed licet emendare aut mutare, dum ita mutetur aut emendetur ut edicti monet auctoritas, idest ut bonus judex (5) æquum esse statuit. Id autem æquum statuit, actorem novam actionem instituentem non aliter esse audiendum quam si viatica litisque sumptus (6) depen-

(3) Convenit Donel. *ad L.* 3. *Cod. hoc tit. n* 12. ubi et quod mutatio fiat vel aliam rem petendo licet ex eadem causa, vel eandem rem ex alia causa *d.* §. 34. Emendare licet in specie *L.* 4. §. *ult. de nox. act.* Mutare *in L.* 18. §. *ult. de vi et vi arm.* Quomodo et Zoan. *ad L.* 3. *C. h. t. n.* 17. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 65. *n.* 2. *et n.* 10. Joan. Pels. *Process. Tit.* 21. *n.* 86. et DD. vulgo quod emendare proprie sit mendum tollere, scilicet errorem corrigere salva manente substantia, *L. actionum* 46. *de re judic.* Quod probe declarat Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 4. exemplo pictoris et sartoris vitium corrigentis, quo correcto, nec res nec rei nomen mutatur, eadem figura vestisque remanet. Plane latiori sensu emendatio adjectionem, detractionem et mutationem complectitur, ut ex Quintil. *Lib.* 10. *Cap.* 4. Obrecht. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 10. Tametsi vero Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 110. *n.* 2. *et seqq.* hæc tria distinguat: *corrigere*, quod est defectum aut errorem formæ supplere et restituere: *mutare*, novam conclusionem accipere, instituta actione deserta et omissa: et *adjicere*, ad priorem actionem exhibitam addere; alii tamen rectius ista duo solum discernunt. Quomodo autem emendatio fiat adjectione vel detractione, tum quoad formam, et in hoc, modo circa verba, modo circa rem, tum quoad materiam, consule Obrecht. *d. Cap.* 20. *n.* 15. *et seqq.* Confer Joan. Pels. *d. tit.* 21. *n.* 86. *et seqq.*

(4) Ita et Donello *ad L.* 3. *Cod. h. tit. n.* 13. dum et nova petitio edatur et detur denuo spacium reo ad deliberandum. Nam æquitas edicti non solum pertinet ad actionem quæ primo instituta, sed ad omnem petitionem etiam novam, quia in omni interest Rei nosse quid et quamobrem petatur. Aliter Rævard. *Protrib. Cap.* 9. *in fin.* putans edicto certas emendandarum actionum regulas fuisse definitas, quæ cujusmodi fuerint nobis non constet, Sicuti et Alciat. *ad L.* 3. *Cod. h. t. n.* 4. referente Gilken. *ibid. n.* 18. certos casus quibus emendatio concessa vel prohibita specialiter relatos fuisse. Ipseque Gilken. *d. loc. n.* 19. *et seqq.* casus enumerat, quibus auctoritas edicti obstiterit ne emendatio vel mutatio etiam ante litem contestatam fieret; veluti 1.° Si certum tempus solemnibus actionibus explicandis actori statutum, *ut L.* 35. *ad L. Jul. de adult.* 2.° Si jam antea emendavit, quem secunda vice non audiri, contra Bolognettum et alios statuit cum plerisque aliis Gilken. *d. loc. n.* 21. *et* 2. *seqq.* tum argum. *L.* 11. *C. de reb. credit. et jurejur. L. boves* 89. §. 1. *de V. S.* tum quod propudiosa videatur crebrior illa variatio. 3.° Si ipsa editione jus reo quæsitum esset. Exemplum peti potest ex *L.* 41. *Cod. de transactionibus.* 4.° Si confessionem libello factam revocare velit, *L. cum precum* 9. *Cod. de Lib. Ca.* Alias insuper, sex declarationes, ceu vocat, profert *n.* 27. *et seqq.* ubi vide Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 1. *et* 2. Cum juris civilis rigore a formulæ præscripto recedere, proinde nec emendare quidquam licuerit, id æquitate Prætoria temperatum fuisse, ut si quid mendæ per errorem inesset, id corrigere liceret, adde Scip. Gentil. vid. *h. C. N.* 6.

(5) Ita et Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14 ubi *n.* 15. subdit, etsi jus reddens non nisi Magistratus, nec judex datus contineatur, per hæc tamen verba illum non excludi, cum eadem æquitas huic injungatur in iis quæ ad judicium et officium ejus pertinent. Neque hic intelligitur æquitas profecta a jus reddente, sed quæ in eo esse debet. Quare et cum apud judicem datum agitur; verum est ita decerni æquitate jus reddentis, quia Magistratus si apud se ageretur, ita decerneret.

(6) Conveniunt fere in sententia hac et verborum *et jus dicentis* expositione DD. vulgo quos plures citat Gilken. *ad d. L.* 3. *n.* 14. quibus adde Curt. Jun. *Consil.* 163. *n.* 4. et Zoanet. *ad d. L.* 3. *n.* 59. qui et *n.* 58. eo quoque judicis officium refert, ne qui prius actionem non famosam instituit, postea famosam intendens audiatur, arg. *L.* 38. *de R. V.* Aliter Scip. Gentil. *Lib.* 1. *de Jurisdict. Cap.* 1. qui ita: Edicti auctoritas refertur ad emendationem libelli edicto permissam; jus dicentis æquitas ad mutationem. Quæ non permissa quia majus quid *mutare*, ubi nova actio instituitur, quam *emendare*, ubi eadem retinetur; sed ex officio a Prætore æquitatis ratione conceditur. Aliter Paul. Busius *ad L.* 1. *h. tit. n.* 36. semel mutari licere ex edicto ante litem contestatam, sine imploratione officii judicis; sic accipit verba edicti etc. Post litem autem contestatam, non iterum sine nova interpellatione, id est citatione et causæ cognitione, cum sententia petitioni conformis ferri debeat. Sed causæ cognitione prævia, id judice conscio et permittente, fieri posse, sic interpretatur

dat reo, ob id quod temere in jus vocatus sit priore actione, *L. cum quem temere, D. de judic.* Neque enim factum actoris nocere debet reo, nec quisquam potest mutare consilium in (7) alterius injuriam, *L. nemo potest mutare, D. de reg. jur.* Et præterea actoris temeritas pœna digna est, *Inst. de pœn. tem. litig.*

V. Quod dicunt imperatores *vel jus reddentis*, vel pro et (8) positum est; distincta oratio pro conjuncta. Nam alterum ex his non sufficit, utrumque exigimus. Et aliis in caussis disjuncta accipi pro conjunctis et contra, in usu juris frequens est, *L. sæpe, D. de verb. sig.* Videtur adversari huic rescripto constitutio Justiniani quæ refertur in *Auth. qui semel, C. quom. et quand. jud.* Vult enim Justinianus eum qui adversarium in jus vocabit, simulatque ediderit actionem, litem ad finem usque persequi. Sed ex constitutione *Nov. de litig.* 112. §. *omnem.* unde sumpta est *Auth. qui semel.* apparet (9) Justinianum loqui de eo qui actionem differat exercere, quam nihilominus suam propriam esse velit. Nos de eo agimus qui actionem non differat, sed omittat emendare eam aut in totum repudiare. Quod unicuique facere permittendum est.

VI. Tractatum est quandiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an et post contestatam. Etenim in *L. non potest, D. de judic.* traditur, si quid post constitutum judicium accidat, non posse videri in judicium venisse, et ideo de eo opus esse nova interpellatione, quod valet novo judicio. Et multum interest utrum de priore actione omittenda quæratur an de nova instituenda. Si de priore actione quæritur possit ne actor ab ea desciscere, quanvis reus non absolvatur, puto posse quandiu litem non sit contestatus; nec expectandam esse sententiam judicis ex eo judicio; quia scillicet nullum sit, lite nondum contestata, *L. 1. C. de litis contestat.* Semel autem lite contestata, non puto actorem a re in judicium deducta posse recedere, quin desiderante reo judex de re cognoscere, et (10) sententiam ferre debeat; quoniam ita jus sit ut judex constitutus jubeatur de re cognoscere, et qua de re cognovit etiam pronun-

verba *vel jus dicentis etc.* Sed et Menoch. *Arbitr. Casu* 176. *n.* 2. et Obrecht. *de Conc. libell. Cap.* 20. *n.* 45. sic exponunt. quod judicis sit arbitrari an libellus emendandus vel mutandus sit necne.

(7) Donellus *ad d. L.* 3. *n.* 14. Gilken. *ibid. n.* 15. quia merito temeritas coercetur ejus qui in meditatione caussæ sat temporis habens libellum non juxta rei fidem satis concinnavit; add. Januin. *de Citat. reali Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 121. Nisi correctio ita comparata, ut nihilominus reus instructus esse potuerit. (ubi dilatio nova non tribuenda, per *Cap. litteræ* 3. *de dilat.* Obrecht. *d. Cap.* 20. *in fin.*) nec quicquam damni ex mutatione sentiat, vid. Gilken. *d. loc. n.* 16. Et nisi omnis temeritas ac levissima quoque culpa cesset, *ibid. n.* 17. Sed et qui declarat solum libellum, seu ambiguitatem interpretatur, eum non teneri volunt, cum declarando nihil novi proponat, *L.* 21. §. 1. *qui test. fac.* Bover. *Sing.* 31. *n.* 4. Gilken. *d. loc. n.* 16. *in fin.* P. Greg. 48. *Synt.* 5. *n.* 9. Ut nec qui mutat in aliqua qualitate, quæ non caussa actionis, sed moderandæ exsecutionis, Bover. *dict. loc. n.* 5.

(8) Ita et Donellus *ad dict. L.* 3. *n.* 16. De vi voculæ *vel* vide Val. Forster. *de Success. intest.* 9. *n.* 3. Val. Guil. Forster. 1. *Observ. Succis. ult.*

(9) Et *d. Auth.* loquitur de iis qui persecutionem tantum in præsens omittunt, non qui ipsi actioni institutæ renunciant, Donell. *ad d. L.* 3. *Cod. h. tit. n.* 19. qui subterfugiunt et protrahunt judicium, nec causam inchoatam prosequuntur, Brouch. 1. *Enant.* 28. male itaque qui per *d. Auth.* correctam esse *h. L.* 3. sentiunt relati a Gilken. *ibid. n.* 139. Nam ut idem *n.* 141. leges correctoriæ de protrahente, *d. Auth.* vero de tergiversante loquitur. A. qui jure communi utitur, emendando libellum, non intelligitur id procrastinandi caussa facere, vide et Fachinæ. 11. *Contr.* 100. et Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 13. Plane in Camera exhibito prius summario libello, non licet postea articulatum edere. quia cum initio liberum alterutro uti, optione semel facta, eligendi facultas sublata, Frider. 2. *Mand. de judic. Cap.* 9. *n.* 3. (ubi *n.* 4. quod alia sit mutationis ratio, in qua non optio, sed juris deductio spectatur) add. Obrech. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 44.

(10) Eodem recidit quod Donell. *ad d. L.* 3. *n.* 20. omittere quidem licere post litem contestatam veterem, ut ad aliam transeatur sine novo judicio; sed ita ut reus desiderans a priori actione absolvatur. Ante litem vero contestatam si mutetur, prior ita omissa actio, ut de ea nec judicari possit, quia nec cognosci. Neque id nocere reo, cum renunciatio litis ab actore facta tam illi prosit quam absolutio, *L.* 4. *C. de pact.* Instituta autem nova, veteri renunciari intelligitur, ut ibid. Donell. *n.* 20. tunc demum eum posterior ad priorem augendam vel promovendam nil pertinet. Alias secus, ut si omissa vindicatione, interdicto experiatur, *L.* 18. §. *ult. de vi arm.* Sic. Vacon. *d. Declar.* 89. *n.* 13. *in fin.* petitis 10. ex deposito quæ ex mutuo debebantur, si velis formula mutata ex caussa mutui petere, renunciare debes et istantiæ et ipsi caussæ depositi.

ciare, *L. judices, C. de judic. L. de qua re, D. de judic.* Estque plane ea differentia quam statuere volunt imperatores inter actionem in judicium deductam, quod fit lite contestata, et actionem quæ tantum sit edita in *d. L. 1. C. de litis contest.*

VII. Quod si de nova actione hoc quæritur, an aetori jus sit, vetere omissa, novam instituere; puto jus esse non tantum ante, sed etiam post litem contestatam. Frustra ae temere institui fateor ineptam actionem: sed non ideo (11) aptam ea institutione consumi verum sit, *L. fidejussor, de neg. gest, L. 1. si mens. fal. mod, dix. L. cum indebitum, de cond. indeb. Clem. ult. Extr. de appellat.* Idque esse quod Justinianus (12) scribit in *§. si minus, Inst. de actionib.* Quicquid actor mutet de actione, quicquid novi petat postea, id eum consequi posse eodem etiam judicio. Cui sententiæ congruit quod scriptum est in *L. cum fundum, §. ult. D. unde vi*, recte actionem processuram, si actor in ea perseveret. Cui ipsi tantum abest ut repugnet, *L. non potest, D. de jud ic.* ut vel hoc uno loco superior sententia confirmetur maxime; in eo ita scriptum est: *Non potest videri in judicium venisse id quod post litem contestatam accidit. Ideoque nova interpellatione opus est.* Recte. Ergo et post litem contestatam, nova interpellatione agi potest de eo quod postea accidit. At enim opus est nova interpellatione; et nos hoc loco novam interpellationem exigimus: sic enim dicimus emendari et mutari actionem posse, dum ita fiat ut edicti monet authoritas. Quid autem monet? Edere actionem qua acturus sis, et dilationem dare reo quæ constituta est ad deliberandum utrum cedere an contendere debeat. Tantum in tempore quod sequitur litis contestationem, inter jus vetus et constitutionem Zenonis quæ refertur in *d. §. si minus, Inst. de actionib.* hoc interest, quod veteribus non permittebatur post litem contestatam quicquam novi persequi, nisi nova actione de ea re a magistratu impetrata; Zenonis autem constitutiona (13) effectum est ut potestas

(11) Confer, not. *supra Lib.* 22. *Cap.* 5. *N.* 20. *et hoc lib. Cap. præced. N.* 9. *sub fin. vers. ubi vero ita etc.*

(12) Equidem verba talia neutro loco habentur, etsi Donellus hic bis dicat, *Scribit et scriptum est;* sed hæc sententia inde adstruitur. Nam ut Donellus *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 17. cum *d. §.* 35. dicat errorem corrigi posse eodem judicio, utique et lite contestata, quomodo et arguit Vacon. 6. *Declar.*) 89. *n.* 6. ac Ant. Matth. *in not. ad §.* 34. *et seq. Instit, de actionib.*) quia exinde judicium excipit. Quin et in Digestis exempla tum emendatæ actionis post litem contestatam in *L.* 4. *§. ult. de nox. action.* tum mutatæ in *d. L.* 18. *§. ult.* Ubi pendente judicio vindicationis, interdicto intentato, necesse est omitti vindicationem prius institutam, per *L.* 13. *C. de R. V. L.* 3. *Cod. de interdicto*, Donell, *d. loc.*

(13) Recte. Quod confirmat Donellus *ad L.* 3. *C. hoc tit. n.* 18. Ante Zenonem extra id quod in judicium venisset, excedere potestas judicis non poterat, *L.* 19. *Com. div.* Non venit autem nisi de quo actio instituta et judicium acceptum. Ast illa Constitutione Zenonis apud eundem judicem et eadem istantia, petitione mutata agere licet. Nec si tamen obstat *d. L.* 33. *de judic.* Nam interpellatio ibi exprimenda non novum judicium, sed petitio, idque ex mente Justiniani qui omnia sua fecit. Et consentiunt fere Obrech. *de conc. libell. Cap.* 20. *n.* 39. *et seq.* Vacon. *d. Declar,* 89. *n.* 5. *et* 6. Bachov. *Misc. disput. Cap.* 1. qui hodie essentialia libelli reformari posse citra novum processum putat, quia duæ caussæ quæ jure veteri obstiterint, sublatæ, 1.° quod qui non apte petierat, caussa cadebat, 2.° quod judex de alia re quam de qua formula accepta, non judicare poterat. Hodie enim apud ipsum Magistratum judicia agitantur. Multum vero refert, utrum eodem judicio priori an novo, tum alias; tum quoque ratione sportularum et vectigalium quæ ratione libelli consuetudine locorum solvi, vid. Gilken *ad L.* 3. *n.* 40. *et seq.* Ut ut vero hæc sint, contra se habet vulgata DD. usuque fori recepta generalis doctrina, libellum emendari post litem contestatam non posse et multo minus mutari. Tametsi quoad emendationem plures statuantur limitationes. De quibus plenius Gilken. ad *L.* 3, *Cod. h. t.* Zoan. *ibid. n.* 17. *et seqq.* Speckhan. 1. *Q.* 65. Obrech. *d. Cap.* 20. alii *supra N.* 1. citati, quos adi; adde Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 12. qui nihil posse addi vel detrahi in tribus substantialibus libelli partibus, narratione, caussa petendi et conclusione; secus in iis quæ incidenter petuntur. In foro Saxoniæ corrigendi potestas finitur lite contestata, vel ante eam guaranda præstita, Landr, *Lib.* 3. *Art.* 14. *etc, Novel. Elect.* 11. *p. ubi* vid. Moller. et omnino Coler. *Decis.* 109. aliique DD. Sax. *supra N.* 1. citati. Post illam tamen litis contestationem quæ in eventum fit, vel sub conditione si exceptiones propositæ per interlocutionem rejectæ fuerint, mutatio prohibita non est, antequam impleatur conditio. Moller. *ad Novel. Elect.* 3. *n.* 14. *et ad d. Novel.* 11. *n.* 5. *p.* 1. Quid si consensus partis adversæ accedat? Gail. 1. *Obs.* 64. *n.* 9. nec tunc mutationem admitti. Sed notatur a Fridero *de Process. extrah. Lib.* 3. *de Contin. causs. Cap.* 5. *n.* 3. 1.° quia ideo vetita, ne reus gravetur duplicibus et variis sumptibus; item ne præ actore, cui satis temporis fuit ad concinnandum libellum, ar-

esset priorem actionem mutandi ita ut actor quod nunc peteret, eodem judicio consequeretur, non novo. Quæ duo si ad sua quæque tempora revocantur, non pugnant ut bene admonet Eguinarius Baro in *d.* §. *si minus.* Etenim ut mos judiciorum fuit, ante tempora Zenonis tum eum judicia impetrabantur, non licuit quicquam in judicium deducere, nisi cujus rei judicium esset ante impetratum. Impetrationibus actionum postea a Theodosio et Valente sublatis, consequens, fuit ut, quanvis non accepto a prætore judicio, liceret apud eundem judicem errorem suum emendare et suum consequi, dum mutaretur iis conditionibus quæ hic præscribuntur. Mutare actionem et emendare is solum intelligitur qui, priore repudiata, novam movet. Quod non facit is qui priorem retinens cum ea aliam adjungit. Ex quo judicari potest quam apte et huic loco convenienter injiciatur in hunc locum ab interpretibus hæc quæstio, an plures actiones eodem judicio cumulare liceat. Plura ad *d. L. edita* disseruimus in commentario Codicis ad illum titulum. De (14) cumulatione autem actionum, ut vulgo vocant, sive de concurrentibus actionibus, ut Paulus et veteres loquuntur, diligenter a nobis expositum est supra in his commentariis libro 21. cap. 3.

etetur. Ergo per *L. pen. C. de pact. et simil.* s.° per litis contestationem non tam judex quam partes ad instantiam obligantur. Ergo ut aliis contractibus communi consensu addi vel detrahi potest, ita et hic. Plane in appellationis instantia emendari libellum actionis non posse convenit, cum caussa ibi ex priori libello disceptanda sit, Vacon. *d. Declar.* 89. *n.* 6. et ad hoc plures allegat Gilken. ad *d. L.* 3. *n.* 32. quibus adde Wesenbec. 18. *n.* 3. Appellatorius tamen libellus ita corrigi potest, dum non transformentur ea quæ libello actionis comprehensa, vid. Gilken. *d. loc. n.* 34.

(14) De cumulatione actionum post litem contestatam vid. præter citatos *supra Lib.* 21. *Cap.* 3. *N.* 5. in genere. in specie Zoan, ad *L.* 3. *C. hoc tit. n.* 46. *et seqq.* Coler. *ad C.* 2. junct. *Cap. dilecti* 8. *de except. n.* 43.

## CAP. VI.

### De instrumentorum, et rationum editione quæ ab actore exigatur.

*Rerum atque nexus ordo.* I.
*Rationes edere actor debet omnes, sed instrumenta illa dumtaxat quibus uti volet. Contra sentientes refelluntur.* II.
*Quid inter rationes actoris et cætera ejus instrumenta discriminis.* III.
*Fiscus, si agat, instrumenta et rationes suas edere debet.* IV.
*Edendæ rationes cum die et consule, aliter instrumenta, et quare: utraque quando edi debeant.* V.

I. Hactenus de edenda actione diximus; et erat quidem editio actionis, ad id quod instituimus, satis. Hoc enim agitur ut quis recte vocetur in jus atque ita, ut quo minus veniat jure recusare non possit. Nihil autem amplius ad hanc rem ab actore exigitur, quam ut eum in jus vocet eique actionem edat, libello oblato qui hanc complectatur. Instrumenta (1) vero sua et rationes etsi jubetur aliquando edere, tamen id ante (2) litem contestatam nunquam facere cogitur. Instrumenta enim edere debet, sed ea quibus usurus sit. Non potest autem dici illum instrumentis ullis usurum esse, prius quam constiterit illi opus esse instrumentis et ipsum iis uti posse. Porro ante litem contestatam, nec actor instrumentis indiget neque his uti omnino potest: cum illis utamur ad rei in judicium deductæ probationem. Rationes quoque si desiderantur, ideo desiderari constat ut fides veri constare possit, *L. non est novum, C. de edendo.* Item ut actor fundet intentionem suam, *L. ult. C. eod.* Quod si de fide, et probatione intentionis non ante quæritur quam judicium sit constitutum, idest lis contestata; perspicuum est ante litem contestatam ei postulationi locum esse non posse: sed tamen aliis in partibus judicii istarum quoque rerum editio juste desideratur, atque ita desideratur ut in omnibus prope: actionem dico, instrumenta et rationes, eadem æquitatis ratio editionem

(1) Editio alia respicit actionem seu petitionem ac præparatoria judicii, de qua *Cap. præced.* Alia instructionem processus et probationem quæ fit post litem contestatam; nec præparatoria est, sed instructoria caussæ ac judicii, Cagn. *in Rubr. C. h. t. n.* 11. *n.* 43. *et* 47. Fac. *L.* 10. §. 2. *ibi ad instrumentum h. t.* Rosb. *Process. Tit.* 36. *n.* 32.

(2) Vulgo DD. hoc regulare quidem statuitur, ast non perpetuum. Certis namque casibus et ante cœptum judicium editionem hanc peti posse statuunt non ad finem probandi aut fundandi suam intentionem, sed consultandi cedendum an contendendum sit. Veluti si in libello mentionem fecerit actor instrumenti atque ad illud se retulerit, post alios Zoan. *ad Rub. Cod. h. tit. n.* 36. Carb. *Pract. Lib.* 3. *Cap* 3. *n.* 22. Myns. *ad Cap.* 1. *Extr. de prob. n.* 41. fuse Pac. *Lib* 1. *de Prob. Cap.* 66. *n.* 95. *et seqq.* Vult. 1. *D scept.* 6. *pag.* 63. scribens proferri hic debere instrumentum, ut editio actionis plena fiat, *die Klage darmit zu ergentzen.* Etsi vero Guid. Pap. *Q.* 116. et Wurm. *Tit.* 9. *Obs.* 5. distinguant an per modum assertionis mentio fiat, ex. gr. debes mihi 10. ex mutuo, de quo habeo chirographum; an per modum limitationis, ex. gr. Debes 10. prout constat ex chirographo etc. quasi hoc solum casu editio recusari nequeat, illo possit; etsi idem alii magis in hoc variaverint referente Frid. *Lib.* 2. *de Mandat. jud. Cap.* 48. *n.* 4. melius tamen idem Friderus id solum spectari, negetne reus intentionem actoris, ubi lite per hoc contestata, instrumenta producenda ad viam probationis: an dubitare se dicat, quod instrumenti allegati nulla vel non plena sibi sit notitia, ubi ad fines consultandi id exibendum. Sicuti et distinctio Papæ displicet Ranch. *ibid. in annot.* et eam in Curiis non servari Foll. ad Mar. *P.* 6. *Act.* 10. *n.* 9. Si tamen probabile sit reum habere notitiam ejus instrumenti, aut alias de contractu illo esse instructum, editionem hanc actori non injungi vult Myns. *d. n.* 41. Foller. *d. loc. n.* 11. et *Zoan. d. loc. n.* 37. *per L.* 2. *h. t.* quam et de editione quæ consultandi non probandi caussa fit, accipit A. Fab. *ibid.* Fiscum quoque et qui pari jure fruantur, ut *C. seq. N.* 5. *initio* hoc recte exigere, ut cognoscant an ex instrumentis adversarii fundari possit sua intentio tradit Myns. *d. n.* 41. post Panorm. *ad d. C.* 1. Plane quin proprii instrumenti editio actione ad exhib. vel rei vindicatione ante litem ex eo motam vel movendam peti possit, ut dubio vacat, ita huc vix apposite a Myns. *d. n.* 41. accommodatur, cum exceptio hæc non sit de genere regulæ. Aliter Cujac. 10. *Obs.* 14. regulam plane contrariam statuens: instrumenta litis edenda ante litem contestatam, ut nisi ea una cum actione reo edat actor, nihil agat; tum ne improviso reus opprimatur, tum ne plus debito actor petat. Quin et recusata hac editione, eo ipso plus petitionis periculum incurri contendit.

admittat. Quod cum ita e set, ne forte ea quæ una ratione et natura rei conjungebantur, ideo disiungerentur quia aliis atque aliis temporibus eduntur; consulto factum est, neque ut videtur sine summa ratione, ut, quæstione de editione actionis proposita, per occasionem semel eodem loco diceretur de omnibus quæ edi in judicio oporteret. Et quidem prætor in ea parte edicti quæ est de edendo, simul de his omnibus edixit. Quam partem et nunc exequar. Et quoniam dixi de actione, deinceps quærendum est quæ res præter actionem edi debeant, quibus et quando debeant.

II. Et præter actionem quæ actor (nam de reo separatim dicam postea, ut res quæque distincte tradita magis intelligatur; nunc de actore loquar) quæ actor, inquam, postulanti reo jubeatur edere, duo sunt: instrumenta et rationes. Utrumque summa ratione. Nam et instrumenta ejusmodi res sunt, quibus non cognitis, non possit scire reus utrum cedere an contendere porro debeat, non magis quam actione non cognita qua conveniatur; cum ex (3) instrumentis actionis fides et vis pendeat. Ut profecto, si actionem ideo edi æquum est ut sciat reus utrum cedere debeat an contendere, æquum sit ob hanc ipsam causam ei postulanti edi instrumenta quæ id non minus præstant. Rationes autem cur æquum sit actorem edere, quia indiget pluribus verbis, dicam opportunius tum cum de rationibus rei disseram. Sed hæc dissimili conditione actor edere jubetur. Instrumenta quidem ea solum quibus (4) usurus est; rationes autem suas sine ulla exceptione, id est sive his usurus sit sive non sit, privatæ sint sive publicæ, ut fisci. De instrumentis ita scriptum est in *L.* 1. §. *ult. D. eod.* Edenda autem sunt omnia quæ quis apud judicem editurus est; non tamen ut instrumenta quibus quis usurus non sit, compellatur edere. De rationibus autem aliter in *L. non est novum.* C. eod. *Non est novum,* ait Alexander, *eum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris, ut fides veri constare possit.* Idem in *L. justum* C. eod. *Justum est desiderium ejus a quo pecunia petitur, licet nomine publico, ut rationibus publicis exhibitis constet quantum sub nomine suo solutum sit.* Non exigunt hæc rescripta, ut actor his rationibus uti velit prius quam cogatur eas exhibere. Volunt (5) eas edi, etsi ille his uti refugiat. Quod omnes in rationibus admittunt; sed ita ut plerique quod de rationibus dicitur, ad cætera omnia

(3) Atqui hæc ipsa ratio efficere videtur ut, ante litem contestatam, instrumentorum litis quoque fiat editio, quæ Cujacii sententia est jam exposita. Cui vix est ut vel ideo non assensum firmum præbeam; sed ampliare malo.

(4) Non dicitur *quibus usus est.* Postquam enim semel edita producta instrumenta, ex quo iis utitur actor, de actis judicii et communia effecta, ut quandocunque exhibenda sint. vid. Cagnol. *ad L.* 1. *Cod. hoc titulo n.* 53. Ant. Fab. *ad d. L.* 1. §. 3. Nec prodest actori si postea dicat se nolle uti, Cagnol. *ibid. n* 60. Nec si dixerit se producere in passibus solum pro se facientibus et non aliter, quia protestationis hujus nulla vis, (licet quidam tunc utilem eam esse velint cum pars adversa illi non contradicit) quia non in potestate ejus est restringere vim probationis instrumenti in judicio producti. Cagn. *in d. L.* 1. *n.* 6. *ac seq.* vid. tamen Meno. *Arb. C.* 4. 99. *n.* 74 Verum et quando adhuc non utitur, peti potest editio si usurus est *d.* §. 3. Ast unde hoc constat? Vulgo si in libello meminit instrumenti, vid. Cagn. *ad d. L.* 1. *n.* 56 Sed et petente parte adversa, judex interrogare debet actorem vel reum (nam in instrumentis aliis præter rationes par causa actoris et rei. Donelt. *ad L. ultim. Cod. hoc tit. n.* 6. et patet ex *Cap. seq.*) num habeat instrumenta quibus uti velit. Cagnol. *ibid. n.* 64 Atque tunc pœna non edentis hæc ut ejus jure privetur. seu ut ejus quod edere jussus non paruit, postea uti nequeat, *L. ultim.* §. 1. *de appell.* Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit. definit.* 2. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 19. Contard. *ibid. Cap.* 4. *n.* 50. Non autem edenda quæ judici secreto ad ejus informationem ceu privati exhibita, quia illa nec actis inserenda, nec iis judex moveri debet in sententia ferenda quæ sibi non ut judici constant. Guid. Pap. *Quæst.* 242. *ibique in annot.* Matthæ. Cagnol. *in Rub. Cod. hoc tit. n.* 18. add. Asin. *Praxi* §. 22 *Cap* 8. *limit.* 1. Quæritur num, cum articulorum probatoriorum editio fit, reo una edenda nomina testium examinandorum? Quidam negant ob timorem subornationis, ut Ripa referente Cagnolo *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 63. et Bronch. 2. *Ass.* 94. *circa fin. per L.* 38. *in final. princ. de recup. arbit.* Contra post *glos. et DD.* Scaccia 1. *de Judic.* 100 *n.* 12. quod nec ante incipiat dilatio ad edenda interrogatoria quam his editis; quia interrogantis munus non tam ex qualitate probandorum, quam ex qualitate testium perficitur. Et ita usus servat. Copiam autem interrogatoriorum adversario fieri non debere, vult Scaccia *ibidem n.* 15.

(5) Nam in *dd. LL.* eduntur ad intentionem vel exceptionem adversarii probandam. Ac ita, etsi extra librum rationum obligatus debitor, ac non ex codice rationum agat sed ex chirographo mercator, edere tamen eum rationes suas ad probandam solutionem rei debere judicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 16.

instrumenta actoris transferant. Quam sententiam quæ res illis expresserit non queo satis animadvertere, cum tam diserte scriptum sit in *d. L.* 1. §. *ult.* actorem ea instrumenta edere non compellendum, quibus usurus non sit. Ajunt instrumenta (6) esse rationes. Quod aperte falsum est. Rationes quidem sunt instrumenta, quia his caussa instruitur, *L.* 1. *D. de fide inst.* sed non omnia instrumenta sunt rationes, cum fieri possit ut tabulæ perscriptæ sint de uno negocio. Rationes autem non sunt, nisi de pluribus; suntque ejusmodi quæ habeant utramque paginam, accepti, et expensi, dandi, accipiendi, solvendi, *L. si quis.* (7) §. *rationem, D. eod.* Citant quod scriptum est in *L. cum servus,* in fin. *D. de conditio. et demonstrat.* eum servum qui jussus est rationes reddere, debere edere *omnia instrumenta actus sui.* Quod ab eo non exigeretur, nisi verbo rationum reddendarum continerentur instrumenta rerum a servo gestarum. Sed aliud est rationes reddere, aliud edere rationes. Reddere rationes non est tantum edere et exhibere libros accepti et expensi: sed ita reddere rationem rerum illic perscriptarum, ut quod in his factum dieis, probes. Quæ ratio et fides nisi (8) instrumentis rerum omnium gestarum editis constare non potest. Edere autem rationes nihil amplius significat quam ipsos libros rationum exhibere, ut sit rationum cognoscendarum copia. Quæ cognosci, etiamsi res gesta non probetur, possunt.

III. Quærunt ergo quid intersit inter rationes actoris et cætera ejus instrumenta. Plurimum vero interest. Nam cum instrumenta de uno negocio confici soleant, certe non fiant de omnibus quæ actor gessit: non est necesse hæc confecta esse de solutione debitoris, quantumvis et reus solverit et instrumenta actoris bona fide confecta sint; cum possint de alia re esse scripta. At rationes, eum sint ejusmodi ut in has referantur omnia quæ actor gessit, non solum quæ dedit, sed etiam quæ accepit; si modo perscribantur bona fide ut existimari actori ad famam utile est. non possunt quin (9) conti-

(6) Ita Myns. *ad C.* 1. *Extr. de probat. n.* 22. *rationum* appellatione omne scripti genus contineri per *d. L.* 82. *de cond. et dem.* aliasque impertinenter prolatas. Communisque conclusio traditur ad probandam defensionem rei (exceptionem vel duplicationem) quævis instrumenta caussæ ipsi ab actore edenda, Myns. *ibid. n.* 21. post alios relatos, Gilken. *ad L. ult. Cod. hoc tit. n.* 4. *et seqq.* Bover. *Sing.* 32. *n.* 3. *n.* 9 Bron. 2. *Ass.* 94. Old. *Class.* 1. *Act.* 8. *Q.* 4. *n.* 6. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 117. Frider. *Lib.* 2. *de Mand. judic. C.* 48. *n.* 8. *et* 9. (qui *d. L.* 1. §. 3. ita restricte accipit, nisi petatur editio ad fundandam defensionem rei) Quod tamen declarant. si exceptio meram defensionem contineat. Unde aliud statuunt. 1.° Si vim actionis habeat, et impugnationem quandam contineat, ut compensatio et reconventio, Myns. *d. loc. n.* 24. et Gilken. *n.* 10. Pacian. *d. C.* 63. *n* 124. *et seq.* Quod A. Fab. *C. suo hoc tit. defin* 6. in reconventione admittit. quia mutua est actio, nec a nova petitione differt, nisi quod in eadem instantia; secus in compensatione, quia opposita ipso jure perimit ac elidit. Ac certe si in ulla defensione æquitas, ea in compensatione neganda non est. Sane ad compensationem intrinsecam, veluti computando fructus in sortem, edi debere post Dec. Fr. Galletus *Addit. ad Pacian. d. C.* 63 *lit. Q.* 2.° Si crimen actori opponat, ne suum ipse facinus detegere cogatur; Gilken. *in d. L. ult. n.* 9. Myns. *d. loc. n.* 24. Pacian. *d. loc. n.* 121. *et* 2. *loc.* 3.° Si dilatoria exceptio petitionis æquitatem non excludat, ut actori non esse personam legitimam standi in judicio, Myns. *ibid.* et Gilken. *n.* 8. 4.° Si alias defensio a jure actionis separata, ut si possessorio agenti objicitur exceptio dominii. Myns. *ibid n.* 13. Old. *d. Act.* 8. *Q.* 4. *n.* 6. Et ita DD. Sententia autem Donelli nostri jure verior videtur ob rationem differentiæ ut *N* 9. per *d. L.* 1. § 3. *D. h. t.*

(7) *L* 47. §. *ult. in fin. de pact.* Cujac. 10. *Obs.* 14. vid. Gœd. ad *L.* 56. *pr. de V. S. n.* 4. ubi descriptionem rationum quæ *d.* §. 3. ab impugnationibus tuetur. Confer not. *supra Lib.* 7. *C.* 3. *N.* 3. ibique citatos auctores.

(8) Ac longe plus est reddere rationes quam edere. *L.* 89. §. *ult. de Verb. Sig.* ubi vid. Gœd. *n.* 4. et LL. citatas ab eo *et supra Lib.* 8. *C.* 33. *N.* 4. quod explicat Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. P.* 2. *Cap.* 2. *n.* 221. *et seqq.*

(9) Recte. Rationes natura sua ita conficiuntur, ut etiam pro debitore scribantur, continentes duas paginas expensi acceptique. Cætera instrumenta pro eo solum confici solent qui ea habet, non pro alio. Et ut forte quid illa habeant quod faciat pro reo, non tamen id certum est, non natura sua ita confici solent, Donell. ad *L.* 5. *C. h. t. n.* 5. Dices: At si sententia *L.* 1. §. 3 *D. h. t.* ita generalis ut *h. C. N.* 5. *et* 6. etiam ad rationes pertinet. cum hæ illæ sint instrumenta; proinde nec edendæ, nisi ab eo qui usurus iis. Resp. Donell. ad *d. L.* 5 *n.* 4. Loquitur *d.* §. 3. de iis instrumentis quibus actor uti posset si vellet, sed in caussa præsenti non vult, aut quia non fert, aut quia non libet. Rationes autem non sunt instrumenta quibus uti possit actor ad fidem pro se faciendam, cum ipsi sint domesticæ. Ergo per *L.* 5. *et* 6. *Cod. de probat.*

neant solutionem, et liberationem debitoris, si quidem ipse liberatus est ut dicit.

IV. Adeo autem æquum visum est actorem rationes suas reo postulanti edere, ut ne fiscus quidem, si agat, possit in rationibus suis, idest publicis, hanc editionem recusare, ut cautum est in *L. justum, C. eod.* Scribit quidem Paulus in *L. in fraudem, §. neque, D.* de jure fisci. *Neque instrumenta neque acta*, (idest scripturas eorum quæ apud procuratorem fisci cum fisco acta sunt) *a quoquam adversus fiscum edi oportere.* Sed de extraneo loquitur, quo agente postuletur ab eo ut instrumenta aut acta fisci quæ apud eum sint edat. Sciendum est enim, si quis cum fisco agat, eum actorum potestatem postulare posse, ita ut his uti possit, si velit, ut scriptum est in *d. L. in fraudem §. quoties.* Sed hac lege fit hæc potestas; idest, hac lege ea eduntur, ne is cui edita sunt adversus fiscum aut rempublicam utatur; quod Paulus in *eadem lege* scribit in *d. §. neque.* Cæterum ipse fiscus si aget et instrumentis aliquibus suis uti volet, aut etiam ejus aliquæ rationes erunt ut sunt et esse debent, in his utetur (10) jure privatorum, ut quia agit, ista etiam edere debeat.

V. Illud notandum, rationes (11) eum die et consule edi debere, quoniam accepta et data non alias possunt apparere, nisi dies et consul fuerit editus; instrumenta non esse necesse edi cum die et consule quo instrumentum conscriptum est, *ne quid excogitetur et prolato die fiat:* sic verba sunt *L. 1. §. editiones, D. eod.* quæ Eguinarius Baro recte interpretatur: non recte, *prælato*, ut in (12) Pandectis Florentinis; non enim *prælato die* idem est, ut quidam putant, quod *repetita die* in *L. repetita, D. de fid. instr.* nisi forte putamus idem esse præferre

(10) Ita et Donell. *ad L. 6. Cod. hoc tit.* (cui consent. Pacian. *Lib. 1. de Probat. Cap.* 63. *n.* 118.) Nam et fiscus in contractibus privatorum jure utitur. *L. 3. Cod. de rescind. vendit.* maxime cum ab eo postulatur quod sine dolo recusari nequit. Donell. *ibid.* Non obstat quod sequitur *d. L.* 45. §. 6. quod ipse fiscus non alia conditione edat quam ne is cui editur, adversus se utatur. Quia et id intelligitur quando fiscus tunc cum edit non litigat, et cui editio facta exinde contra Fiscum actionem movere velit. Confer Pacian. *d. Lib.* 1. *Cap.* 65. *n.* 131. Attamen vigore *d. L.* 45. §. 5. Curia Imperii censuit, fiscalem edere non teneri, referente *Addit. ad Wurmser. Tit.* 20. *Obr.* 1. *n.* 2.

(11) Non cum duabus paginis constent accepti una, expensi altera, eorum collatio in ponendo pari calculo inutilis omisso die et consule, Cujac. 10. *Obs.* 14. Per consulem enim olim tempus designabatur. Old. *Class.* 1. *Act.* 8. *Q.* 6. *n.* 6. Myns. *ad C.* 1. *Extr. de probat. n* 37. Nec sine hoc explorari potest an imputationes probe referantur, accepta an recte relata sint, *L.* 82. *de cond. et dem.* Ant. Fab. *ad d.* §. 2. Hodie nomen Imperatoris vel Papæ poni solet. Myns. *d. n.* 37. Zas. *Par. D. hoc tit n.* 4. Pacian. *Lib* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 63.

(12) Cujac. 3. *Obs.* 7. Florentinam tuetur, cum præferre diem sit antevertere seu anticipare. *L.* 28. *ad L. Corn. de fals. Liv Lib.* 39. eodemque sensu putat dici diem referri in *L.* 33. *de recept. arb.* Idem 10. *Obs.* 14. prælato die Græc. προχρονισμός; falsi genus. Et ita quoque repetita die exponit, in *d L.* 3. *de fid. instr.* Goth. *ibid.* ac Alb Gentil. *de Divers. temp. appell. C.* 13. Repetitus, ait, idem qui relatus, præteritus pro præsenti adsumptus. *d. L.* 3. *et L.* 9. §. 7. et 8 *de itin. privat.* Ibid. Gentil. prælatum diem hic et *L.* 28. *de fals.* non tantum dici si præteritus pro sequenti adsumatur, sed et si sequens pro præterito, ubi repetitus dici nequit, cum repetere sit ex præterito. Et quidem Florentinam *prælato* in aliquibus etiam manuscriptis reperi; vulgarem autem *prolato* in pluribus et vetustioribus. Prolatus autem dies est prorogatus, et qui brevior fuerat, in longiorem productus. *L.* 33. *de recept. arb. L.* 5. *Cod. de exact. trib.* Senec. *Herc. Furent. Act.* 1. *Sc.* 3.

*Certo veniunt ordine Parcæ*
*Nulli jusso cessare licet,*
*Nulli scriptum proferre diem.*

A. Gentil. *d. C.* 13. Confer Ræv. ad *L.* 74. *de R. J.* Et ratio *d.* §. 2. ne quid excogitetur, seu ne quid falsi fiat, aut materia falso fabricando præbeatur, ut *L.* 2. §. 9. *testam. quom. aper.* immutata scilicet die, Cujac. 3. *Obs.* 7. Zoanet. *ad Rub. Cod. hoc tit. n.* 7. Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 38. Ac istrumentum quoque valet sine die et consule, *L.* 34. §. 1. *de pig.* Anton. Fab. *ad d.* §. 2. Et ita dies confecti intrumenti non edendus, si editio ad præparandum judicium vel ad deliberandum petitur, secus si probationis gratia petitur vel fit productio, Zoan. *d. loc. n.* 8. Anton. Fab. *Cod. suo hoc tit. de fin.* 2. Item si instrumentum quis falsi arguere velit, ita per *L. opt.* 13. *Cod. de contr. stip.* Oldend. *Cl.* 4. *Act.* 8. *Q.* 6. *n.* 4. Myns. *d. n.* 38. Quod tamen declarat Zoanettus *d loc. n.* 9. Dies autem in quem collata solutio edendus, quia pars est stipulationis. *d. L.* 1. §. 2. sine quo tota edi non videretur. *L.* 1. §. *pen. hoc tit.* Quare ubi absque die contractus vel instrumenti de hoc constare non potest, veluti si ita: *Infra 7. menses solvam*, et illum edendum volunt, Zoan. *d. loc. n.* 7. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 66. *n.* 70. qui de his (die et consule) plura *ibid. n.* 63. *et seqq.*

**diem el repelere, ac quando hæc edi debeant ex superioribus intelligi potest. Scilicet edentur instrumenta cum actor his uti volet, idest cum ea edet apud judicem, ut (13) caussam instruat. Nam ante an iis usurus sit, qui sciri potest? Rationes autem desiderari possunt quovis tempore post litem contestatam. Etenim cum recte desiderentur ut ex iis actor fundet (quo verbo utitur *L. cum, C. eod.*) id est probet et probando stabiliat intentionem suam. sit autem actoris hanc probare quovis tempore post litem contestatam; conficitur earum editionem quovis tempore desiderari posse.**

(13) Ante litis exordium vero si quis ediderit, nisi post litem contestatam rursus adversario edat, nihil priori editione actum volunt, per *Cap. veniens.* 38. *de testib.* Zoan. *ad Rub. C. h. t. n.* 24. Nec editio ante cœptum judicium consultandi causa facta idem præstat, nisi lite contestata rursus judicialiter producantur, et in vim probandi repetantur, *ad C.* 1. *de probat. n.* 41. Wes. *Conc.* 3. *n.* 34. Vult. 1. *Discep. schol.* 6. *p.* 63. Putat A. Fab. *ad L.* 1. §. 3. *h. t.* editionem olim factam quoque apud Prætorem, eamque notari, *d. L.* 1. §. 3. non ut de facto cognosceret, sed ut sciret qua verborum conceptione formula dictanda et num addenda clausula *ex bona fide.* Sed immo *d.* §. 3. de editione quæ fit adversario, non quæ vel prætori vel judici loquitur. Et ubi non de facto cognoscit prætor, cui bono hæc editio? Nam an bonæ fidei judicium constituere debuerit judex ex ipsa intentione litigantium proposita æstimandum fuit. Edenda autem stipulatio tota, *L.* 1. §. *pen. h. t.* id est totum instrumentum, Cujac. 10. *Obs.* 14. Quia hoc facit ad plenam sententiam contractus ejusque quod actum est assequendam. Facit *L.* 24. *de LL.* A. Fab. *ad d.* §. *pen.* Vulgo receptum est, si instrumentum plura capita contineat, judici quidem totum id exhiberi, ut integrum legat, debere. Adversario autem inspiciendi et describendi potestatem fieri ejus partis de qua quæstio, et si quæ connexa sint capitula de eadem materia, per *C. contingit* 5. *Extr. de fid. instr.* at quia hoc ipsum totum habetur quod petentis edi interest, seu ad causæ præsentis instructionem pertinet, *per L.* 8. *pr.* junct. *L.* 10. §. 2. *h. t.* vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 8. Q. 6. Zoan. *ad Rub. C. h. t. n.* 10. *et seqq.* Pacian. *Lib.* 1. *Probat. C.* 66. *n.* 38. *et seqq.* Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 34. *et* 2. *seqq. et ad C.* 5. *de fid. instr. n.* 7. *et seq.* Gail. 1. *Obse* 106. *n.* 10. Wurmser. *Tit.* 20. *Obs.* 1. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. jud. C.* 48. *n.* 18. *et seqq.* ubi *n.* 10. id quod judici totum sit edendum catholicum non esse, nec ex *d. C.* 5. probari monet. Itaque tradunt legatario edi non totas tabulas, sed partem, qua legatum continetur, per *L.* 15. *pr. de reb. auct. jud. poss.* item eam, ex qua interpretatio legati sumi potest, Zoan. *d. n.* 10. *et seq.* Myns. *ad d. C.* 5. *n.* 10. *et n.* 12. Quia vero editio fit sine die et consule, ut *h. C. N.* 12. infert Cujac. 10. *Obs.* 14. initio edi exemplum, non proferri authenticum, et facit *L.* 11. *h. t.* ubi Ant. Fab. collatum ut sit id cum autographo requirit; etsi ad probationis vim ipsum authenticum requiratur, *Auth. si quis, C. h. t.* Wultej. 1. *Disc.* 6. *p.* 63. Rosbach. *Process. I.* 36. *n.* 29. Quando edendum originale vel apographum, scilicet copia, vide Pacian. 1. *de Probat.* 66. *n.* 78. *et seqq.* Frider. *Lib.* 2. *de Mand. judic. C.* 48. *n.* 14. *et seqq.* Wurmser. *Tit.* 20. *Obs.* 1. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 18. Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 43. *ac seq.* Confer *idem* 6. *Obs.* 73.

## CAP. VII.

### Quarum rerum editio a reo exigatur.

*Acta publica et instrumenta privata communia edere debet actore desiderante reus.* I. *Item rationes suas ex caussa: caussa talis unde ducatur.* II. *Sine caussa rationes suas reus edere non cogendus. Exponitur* L. ipse dispice 1. et L. qui accusare 4, C. de ed III. *Contrariis occurritur: simulque* 1. et quæ 8. C. de ed. *illustratur.* IV. V. *Aditus ad* Cap. seq. VI.

I. Videamus nunquid sit quod eodem exemplo desiderante actore reus edere debeat, ad eum instruendum. Et quæ de actore constituta sunt, eadem in reo qui defensione aut exceptione aliqua utitur, locum habent omnia. Petantur decem mutuo: Reus se liberatum dicit; non tantum genus liberationis dicere debebit, veluti se solvisse: sed etiam omnia instrumenta edere, quibus in eam rem usurus sit, et præterea suas rationes etiam quibus non sit usurus. Instrumenta autem jubetur edicto edere omnis qui iis in caussa usurus est, *L.* 1. §. *ult. D. eod.* At neque de exceptione edenda quidquam nominatim cautum est edicto, neque de rationibus a reo edendis ullum verbum est in Constitutionibus. Sed cum edictum et constitutiones eum qui agit, item actionem nominant; his (1) verbis satis reus qui exceptione utitur comprehenditur: agit enim qui utitur exceptione, et reus in exceptione actor est, *L.* 1. *D. de exc.* quod scripsit Ulpianus *Lib.* 4. ad edictum; quo ipso libro scripsit ad eam partem edicti quæ est de edendo, ut indicat inscriptio *L.* 1. *D. de excep.* ut vel hinc appareat supra scriptam rationem ad interpretationem edicti de edendo fuisse accommodatam, ut probaret quod eo edicto de actore scriptum est, per omnia ad reum a quo exceptio affertur pertinere. Et in actis publicis, itemque in instrumentis (2) communibus eadem hujus quæ actoris caussa

(1) Recte. Et ita Accurs. *in L.* 1. *h. t.* vocabulum actionis largissime hic poni, ut exceptionem complectatur. Tametsi Cujac. *Par. D. de exc.* Gord. *in L.* 8. §. 1. *de V. S. n.* 3. appellatione actionis in hoc edicto nullam exceptionem contineri, per *d. L.* 8. §. 1. ac P. Fab. *ad L.* 92. *de R. J.* Quasi exceptio ipsa non itidem actori, uti reo libellus actionis, edatur. Et ita Monach. *Pract. P.* 5. §. 6. *C.* 2. actionem et exceptionem præter alia natura et forma proponendi differre; neque exceptionem necessario edi. Ac certe quæ ratio est edendæ actionis, (deliberatio rei) in exceptione cessat, *L.* 42. *in fin. de R. J.* Plane quin instrumenta quibus exceptionem aut defensionem suam fulcire vult reus edenda sint, non negat P. Fab. *d. loc.* Regula enim: Reus edere actori non cogitur, accipiatur oportet de de ijs instrumentis quibus non usurus. Sic enim in *L* 4. *C. h. t.* species ea, ubi non probante actore reus vult absolvi, nihil ipse præstans, vid. Don. *ibid. n.* 2. Ut autem edat ea quibus usurus, alia regula facit *L.* 1. §. 3. *D. h. t.* quæ generalis, ad reum quoque pertinens, Don. *ad L ult. C. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. cas.* 499. *n.* 71. Pacian. *Lib.* 1. *de Prob. C.* 63. *n.* 130. Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 20. etsi, inquit, illud instrumentum in certis solum capitulis producat. Sed ibi una probare et edere cogitur capitula annexa, non separata; vid. Menoch. *d. loc. n.* 74. Quod vero hic Donellus in exceptione edendas quoque rationes Rei quibus non usurus, in eo uti alii alia omnia tradunt, qui hec in privatis rationes ab instrumentis aliis secernunt, ita ipse hoc declarat *ad L. ult. Cod. h. t. n.* 7. *et* 8. quod ita cogatur eas edere, si excipiendo fateatur de intentione actoris. Tunc enim editio rationum quæ exigitur a reo, non utique ad fundandam intentionem actoris spectat, quippe quæ confessione jam satis fundata est, sed ut fide defensionis constet. Secus est si inficiatione pariter et exceptione utatur reus, e. g. Nego te mutuo 10. dedisse, et si dedisti, pacto aut solutione liberatus sum. Hic non cogitur edere rationes ne actorem adversus se armet, si forte creditum in rationes retulerit, solutionem autem non item: adde *h. C. N.* 11. Reconventionis libellus ut a Reo actori edendus, vid. Jo. Pels. *Process. Tit.* 25. *n.* 3. *et seqq.*

(2) Menoch. *Arb. Cas.* 499. *n.* 76. Fr. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 10. *n.* 25. *et* 32. Et quod testamenta inter heredes ac legatarios communia, Gail. 1. *Obs.* 106. *n.* 5. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 80. Quæ dicantur et quot modis fiant communia instrumenta, consule Don. ad *L.* 7. *Cod. hoc tit.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 6. 4. *n.* 91. *et seqq.* et Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 6. Et ita dominus feudi et emphyteuseos recte petit edi a vasallo vel emphyteuta libros conscriptos de rebus istis, ceu communes vid. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 81. Rulant. *d. C.* 19. *n.* 9. Pacian. *Cons.* 155. *n.* 12. *et n.* 28. *ac seq.* Atque hæc communia

est, ita qui ea apud se habeat et instrumenta privata communia, itidem reus actori, ut actor reo exhibere debet; est enim utrumque ejusdem rationis, *L. 2. L. procurator, D. de eden.* In privatis quæ ipsius propria sunt, caussa dissimilis.

II. In quo fere solum quæritur de ejus rationibus, an eas postulanti actori exhibere debeat. Non enim quærimus an exhibere debeat exceptionem qui hac non utitur; an debeat exhibere instrumenta quibus usurus sit, a quo nulla probatio exigitur cum neget, *L. 2. D. de prob. L. actor, C. eod.* instrumenta autem alia ne actor quidem reo exhibere cogitur, *L. 1. §. edenda, D. eod.* Sed ut actor rationes suas debet edere etiam si his usurus non sit, ita eodem exemplo æquitatis moti non temere diximus reum contra rationes suas actori edere debere. Et de eo ita scriptum est in (3) *L. 1. C. eod.* ut reus rationes suas exhibeat *ex caussa ad officium judicis pertinere*. Ergo si caussa est, huc tribuitur postulanti actori, ut ei etiam rei rationes exhibeantur; si non est caussa, frustra id desiderat. Causæ (4) id desiderandi partim ex conditione actoris, si delator est qui quid nuntiat fisco ex caussis *L. 1. D. de jur. fisc.* comprehensis. Huic reus jubetur non rationes suas tantum, sed etiam instrumenta ad caussam fisci pertinentia exhibere. *L. 2. §. 1 D. de jure fisci.* Præterquam si de (5) capitali caussa agatur, *L. senatus. D. eod.* Ex conditione et persona rei, si est argentarius cum quo agitur, et ra-

instrumenta rei vindicatione ac ad exhibendum actione peti posse, cum et pro parte meum vindicari queat, Donell. ad *d. L. 7. n.* 6. vid. Pacian. 1. *de Probat.* 63. *n.* 142. *et seq. et C.* 66. *n.* 29. Edenda, quoque volunt cum verosimile vel præsumptio est quod sint communia. Plerumque enim instrumenta communia apud digniorem, et in loco magis securo reponi solent, juxta *L. 4. §. ult. L. 5. Fam. erciscund.* Meichsner. *Tomo 3. Decis. Cam.* 13. *n.* 228. In duplicibus quoque judiciis, cum uterque sint actor et reus, mutuo sibi edere debent, etsi rationes alterius propriæ, ut *L. 8. pr. Famil. erciscund.* ut Gilken. *ad L. 1. Cod. h. t. n.* 18. Zoannett. *ibid. n.* 42. Pacian. *Lib. 1. de Probat. C.* 63. *n.* 129. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 85. Frider. 2. *de Mund. judic.* 48. *n.* 10.

(3) In quo rescripto negatur editio actori, et hæc ejus sententia: Non nisi ex caussa fit editio a reo. At in præsenti caussa non subest. Ergo. Donell. *ibid. n. 2. et 7.* Qui errare DD. vulgo ostendit qui aliter accipiunt, indeque mire digladiantur quomodo mulier argentaria esse possit, cum tamen *d. L.* 1. de argentaria non loquatur. Et si omnino decisio affirmativa foret, deberet accipi de muliere herede argentarii. cum Accurs. Donell. *d. n. 7.* vid. Fachin. 11. *Controv.* 85. Petr. Aldobrandin. *Interpr. d. L.* 1. pro Ludov. Gato adversus Marinum Arcadem, qui longe aliter exponit quasi decisio quidem negativa sit, sed hoc sensu: *Ex caussa*, id est ordinarie quidem et regulariter fit ab argentario editio, quoties scilicet caussa est, aut negocium, in quo ultro citroque dandi et accipiendi negotiatio, *L. 6. §. 3. h. t.* Tale autem non est depositum *d. L.* 1. quod unica datione consistit. Ergo ab argentaria non edendum perinde atque nec pignus vel mandatum *d. §.* 3. Alii ex verbis *d. L.* 1. *ex caussa ad officium* etc. colligunt quod certis casibus judicis officio reus edere cogatur, etiam non petente adversario, quos refert Asin. *de. Exsecut. §. 3. C.* 94. *ac seq. ac C* 217. *et seq.* Aliter ea verba exponit Menoch. *d. Cas.* 499 *n. 3. et 4.*

(4) Vulgo DD. longe plures exceptiones tradunt, quas congessere Zoan. et Gilken. *ad d. L. 1. Cod. h. t.* Myns. *ad C. 1. de probat. n. 12. et seqq.* Frider. 2. *de Mand. jud.* 48. *n.* 10. Rulant. *de Commissar P. 2. Lib. 5. C.* 19. pluribus Menoch. *Arb. Cas.* 499. Et Virlasc. *Jur. emphyt. Q. 8. n.* 6. scribit Socinum tot fallentias regulæ negativæ proferre, ut satius foret, regulam affirmate concipere et pauciores casus excipere. Et tamen regula negativa disertis LL. verbis prodita est.

(5) Et ita accip. *L. 3. D. h. t.* ubi quæ edere debeat reus fisco tractatur, non quando. Et quando ex caussa civili agit fiscus, damnum evitare satagit. Nec idem privilegium illi, si ad lucrum et pœnam agit, ne et tunc turpitudinem ipse suam Reus detegere teneatur, Brouch. 2. *Ass.* 94 Quomodo inter caussas civiles et criminales distinguit Don. *ad L. 1. C. h. n.* 3. Zoan. *ib. n.* 13. Jas. *n.* 8. Cagnol. *n.* 65. *et seqq.* (qui generalius in caussa lucrativa hoc privilegium fisco negare videtur) Gilken. *n.* 8. Myns. *ad C. 1. de probat. n.* 12. Gail. 1. *Obs.* 116. *n* 11. Menoch. *Cas.* 499. *n.* 43. Qui de hoc fisci privilegio latius inquirit, ut et Cagnol. *d. loc.* Bron. *d. Ass.* 94. Rulant. *de Commiss. P. 2. Lib. 5. C.* 19. *n. 7. et seqq.* (ubi inquirit an idem in iis qui caussam vel jus habent a fisco) Pacian. *Lib. 1. de Probat. C.* 63. *n.* 46. *et seq.* Produci hoc privilegium fisci solet ad causas ecclesiæ aliusque piæ causæ, matrimonii, dotis, alimentorum, libertatis, miserabilium personarum, studiosorum, quasvis denique favorabiles. De quibus consule Zoan. *ad d. L. 1. n.* 16. *et 3. seqq.* Gilken. *d. n.* 8. Myns. *d. n.* 13. Menoch. *d. Cas.* 499. *n.* 46. *et 7. seqq.* Rulant. *d. C.* 19. *n.* 11. Pacian. *d. loc. n.* 47. *et seqq.* Ac in specie, quod favore piæ caussæ reus edere teneatur, Tiraq. *Priv.* 155. Quod item studioso actori edendum sit ab adversario, Horat. Luc. *Privil. schol.* 75. Rebuff. *Privil. scholar.* 116. Eberh. Speckhan. *Cent. 2. Cl. 1. Q.* 14. *n.* 7.

tiones ad actorem pertinent, a quo id desiderari potest, non tantum si agat aut cum eo agatur; sed etiam si nihil nobis cum eo sit negotii. ultro cum eo est actio nominatim edictu de edendo a prætore constituta, *L. prætor, D. de ed.* in eadem caussa est argentarii (6) heres, *L. quædam*, §. *nihil, D. eod.* Eaque pars est edicti quæ præcipue sub Titulo *de edendo* explicatur in Digestis. De qua nihil necesse est plura verba hoc loco facere, sive quod res ex eo titulo facile possit intelligi, sive quod (7) horum hodie nullus sit usus, nisi quis forte eos cum (8) Notariis nostris comparet. Ejusdem juris est omnis qui

(6) *L.* 6. §. 1. *hoc tit.* Et qui ab iis jus cessum habent, per ea quæ A. Fab. *C. suo hoc tit. defin.* 17. vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 8. *Quæst.* 5. Et hi quidem, ratione officii publici, etiam tertio edere cogebantur. *L.* 10. *pr. hoc. tit. et simul.* Ac Cujac. 10. *Obs.* 14 duo edicta proposita fuisse censet: 1.° quo jubetur actor reo edere, 2.° quo argentarius rationes cuique suas. Inde Muret. *Obs. jur. C.* 9. verbis edicti *L* 4. *pr. h. t.* voculam *cuique* interserit legens *rationem cuique*, etc.

(7) De argentariis eorumque officio ac fide abunde tractatum reperies apud Cujac. 10. *Obs.* 14. *ad L.* 27. *pr. de pact. et ad Nov.* 136. P. Fab. 2. *Semestr.* 15. *pag.* 243. *et seqq.* P. Nann. 2. *Misc.* 10. Revard. 1. *Var.* 15. P. Aldobrandin. *Interpret. L.* 1. *Cod. hoc. tit.* Cagnol. *ad d. L.* 1. *n.* 78. *et sequentib.* Arn. ab Haersolte *Adversar. Act.* 14. *n.* 17. *et* 2. *sequentib.* Henrinc. Salmuth. *ad Pancirol. Lib.* 1. *C.* 18. *pag.* 100. Menoch. *Arb. cas.* 91. Fr. Muñoz. *de Ratiocin. C.* 11. Speckhan. *Cent.* 1. *Quæst.* 68. Alio sensu argentarii in *L.* 1. *Cod. de excusat. artif.* qui signant argentum. Et ita Argentarius pro fabro qui operatur de argento, Jul. Firmic. *Lib.* 3. *C.* 4. Lamprid. *in Alex.* Serv. 1. *Æn.* Isidor. *Lib.* 19. *C.* 7. citante Jo. Savarone *in Comm. ad Sidon. Lib.* 4. *Epist.* 8.

(8) Ad quos hoc produci vulgo obtinuit, teste Myns. *ad. C.* 1. *de probat. n.* 15. Oldendorp. *Cl.* 1. *Act.* 8. *pag.* 88. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 95. *n.* 1. (volens pauperi sine mercede ab his edendum esse, A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. Gail. 1. *Obs.* 106. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 64. *n.* 5. *et seqq.* Fr. Pfeil. *Cons.* 174. *Volum.* 2. requirens ad hoc 1.° ut contineat instrumentum utilitatem petentis editionem, 2.° ut eo mandante confectum sit. Nam et alias ut quis muneris publici ratione edat, veluti argentarius, receptius est duo requiri, et ut petens editionem mandaverit instrumentum conscribi, et ut de re sua agatur, per *L.* 6. §. 5. *hoc tit.* vid. Menoch. *cas.* 499 *n.* 15. *et seqq.* (ubi docet sufficere præsumptionem mandati, ut et Gilken. *ad L.* 1. *Cod. h. tit. n.* 7. *per L.* 60. *de R. J. L. ult. C. de fidejuss.*) Moller. 5. *Semestr.* 87. Fachin. 11. *Contr.* 84. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 1. *et sequentib. et C.* 64. *n.* 31. *et seqq.* Cujac. 10. *Obs.* 14. Cagnol. *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 34. *et seqq.* vid. tamen Gail. 1. *Obs.* 106. *n.* 1. *et* 2. Sunt qui mercatores ad instar argentariorum hac necessitate obstringi volunt, ut Bart. et alii relati a Menoc. *d. lo. n.* 37. communem testante, ac probat Zoan. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 8. *et* 2. *seqq.* Munoz. *de Ratiocin. C.* 10. *n.* 25. Verum cum non æque hodie Mercatura, uti olim Argentaria, publicam caussam fidemque habeat. id reprobant Don. *ad d. L.* 1. *n.* 4. Bover. *Sing.* 42. *n.* 1. Menoch. *d. loc. n.* 38. Fachinæ. 11. *Contr.* 89. A. Fab. *ad L.* 10. §. 1. *h. t.* quia nec Romæ eodem tempore quo argentarii erant, deerant mercatores. Nec de iis quidquam vel Prætor edixit, vel Consulti dixerunt. Sed et qui dissentiunt, conclusionem suam restringunt ad libros rationum quos palam in officinis habent, secus in iis quos domi secreto habent pro sua instructione, Menoch. *ibid. n.* 39. Zoan. *d. loc. n.* 11. Pacian. *d. C.* 63. *n.* 12. Gilken. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 6. eum primis hic sequendum monet quod in regione in qua actum est frequentatur. Quod si mos regionis non appareat, tunc spectandum an libri illi fidem aliquam pro scribente faciant; eoque casu edendos, cum id familiare sit mercantibus fide interposita, ut rationibus id adscribi curent. Jure Canonico quoque actori edere tenetur reus odio personæ, si fœnerator vel usurarius, si et de usuris exactis, seu ad earum restitutionem agatur. Qui mediante censura ecclesiastica rationes suas edere compellitur ut possit convinci de usuraria pravitate, *Cleu.* 1. §. *cæterum de usur.* De quo et num pariter Judæus fœnerator teneatur. vid. *Zoan. ad L.* 1. *C. hoc tit. n.* 20. *et seq.* Cagnol. *ibid. n.* 69. Myns. *ad C.* 1. *de Probat. n.* 13. Menoch. *d. C.* 4. 99. *n.* 21. *et sequentib.* Raudens. *Decis.* 7. *n.* 60. *et sequentib.* Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 7. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 12. *et* 13. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *et sequentib.* Fachinæ. 11. *Con.* 87. Quod ad nautas, caupones ac stabularios protrahunt, argum. *L.* 1. §. 1. *Nautæ, caup.* Menoch. *d. loc. n.* 26. Myns. *d. n.* 13. Sed id displicet Zoanetto *d. loc. n.* 31. et Fachinæ. 11. *Controv.* 88. tum quod horum ars non illicita ut fœneratitia, tum quod ratio *d.* §. *cæterum*, quæ in usurariis, quod clam et secreto contractus ineant, in his cesset. De Publicanis idem docent relati a Menoch. *d. n.* 62. et probat Myns. *d. lo.* Gail. 1. *Obs.* 106. *n.* 13. Pacian. *d. Cap.* 63. *n.* 89. *et seqq.* quod male de iis LL. suspicentur, *L.* 12. *de Publica.* (ob fraudes eorum consuetas, de quibus Duar. *ad eum tit. D. C.* 1. Tiraq. *de Nobil. C.* 34. *n.* 32. Marq. Freher. 2. *Parerg.* 19. Rad. Forner. 6. *Rer. Quotid.* 12.) Contra Zoan. *ad d. L.* 1. *n.* 28. et seqq. quia Publicanus non eo ipso peccat quod hoc officium gerit. Quin honestus olim et splendidus eorum ordo. vid.

res alienas administravit, procurator, tutor, socius, qui societatis negotia gessit, et similes; qui (9) omnes rationes gestus sui conficere, et domino aut socio petenti edere. et rationem reddere debent, *d. L. quædam, C. eod.*

III. Quod si privatus cum privato agat non ex administratione negotiorum suorum, et rationes adversarii sibi exhiberi desideret, constitutum est eas illum edere non cogendum; quæ sententia est *d. L. C.* eod. *Ipse dispice*, ait Antoninus, *quemadmodum pecu-*

Tiraquel. *d. Cap.* 34. *n.* 33. Sigon. *Lib.* 2. *de Antiq. jur. civil. Rom. C.* 4. Hering. *de Fidejuss. C.* 5. *n.* 311. *et seqq.* Attamen Menoch. *d. n.* 26. priorem opinionem ita admittit, si de eo ipso lis contra Publicanum, quod male in munere suo versatus, plus æquo exegerit. Hæreseos quoque reum teneri edere libros suspectos, Menoch. *d. loc. n.* 25. et Joan. Nicola Arelatensis *Tr. de Hæretic. Notab.* 21. *n.* 2. (habetur *Tomo* 2. *Prax. rer. criminal.* Franc. Modii.) Et alias quoque sæpe in criminalibus domus reorum, inquisitorum jussu improviso perquiruntur, num litteræ aliave ad convincendum reum reperiri queant. vid. Tranquill. Ambrosin. *Lib.* 1. *Proc. informativi C.* 5. Istis vero casibus, rationibus Rei editis, convinci potest reus ab actore, ut fides illis contra auctorem habeatur, quia non est verisimile quod quis contra se falso scribat, etsi pro eo non probent, *L.* 7. *C. de prob.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t n.* 18. Donell. *ad d. L.* 1. *n.* 6. *et ad L.* 5. *n.* 1. Nec obstat quod nuda ratio non faciat debitorem. *L. nuda* 26. *de donat.* Etsi enim ipsi non faciat. cum non sit ex causis obligationem parientibus; tamen cum in rationes relatum est ex aliqua causa debiti (ex. gr. mutui), fides hujus caussæ adversus debitorem peti potest. Donell. *d. n.* 6. *&* Fab. *ad L.* 4. §. 1. *h. t.* Aliud enim est constituere. aliud vere debiti aut soluti adferre probationem, Donell. *ad d. L.* 5. *C. h. t. n.* 2. Quando tamen. actor tali libro rationum edito utitur pro se, tenetur quoque acceptare contra se in capitulis connexis, arg. *L. Cajus* 11. §. 1. *de usur. L.* 16. *in fin. de administr. tut.* Cagnol. *ad d. L.* 1. *n.* 20. Edenda autem ratio a capite, nam ni inspiciatur. scilicet ita (in manuscripto veteri notat Hot. 8. *Obs.* 15. legi *ratio nisi a capite, ecc.*: sed parum refert) intelligi non potest. non tamen ut totus codex. sed ea pars rationum quæ ad instruendum pertinet, inspiciatur et describatur, *L.* 10 §. 2. *h. t.* Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 33. Sed hoc in argentario, qui plurimas rationes uno libro complexus est. quod et in mercatorum libris locum inveniet, vid. Frideric. *Lib.* 2. *de mand. jud. Cap.* 49. *n.* 11. *et* 12. In judiciis autem generalibus; tutelæ, pro socio. solemne est totum librum rationum edi, *L. Lucius* 46. §. 5. *de administr. tut.* Cujac. *Consul.* 29. addantur notata *Cap. præced. N.* 13.

(9) Vid. Zoanett. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 33. *et sequent.* Mannoz. *de Ratiociniis administr. Cap.* 10. et passim Frider. 2. *de Mandat. jud. Cap.* 49 Sed hi tenentur propriis actionibus *d. L.* 9 *pr.* vid. Cujac. 10. *Obs.* 14. Donell. *ad L.* 1. *Cod. hoc tit. n.* 9. Gœd. *ad L.* 89. §. *ultim. de Verb. Sig. n.* 4. fuse ac singulatim Rulant. *de Commissar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 7 *et seqq.* Alii vero, quibus ex edicto edendi necessitas, metu actionis in factum, *d. L.* 9. *pr.* Prius enim officium judicis imploratur, qui re summatim cognita edi jubet. Et si non pareat jussus, tunc demum actio in factum. Myns. *ad C.* 1. *de probat. n.* 29 *et seq.* Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 8. *Q.* 4. Gœd. *d. n.* 4. Carbon. *Pract. Lib.* 3. *C.* 3. *n.* 22. et plures citati a Rulant. *P.* 2 *Lib.* 5. *C.* 17. *n.* 5. Meisch. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 24. Quam opinionem communem propugnant Bellon. 2. *Supput.* 11. *n.* 2. *et* 4. et Fachin. 11. *Contr.* 90 etsi Bellonum refellere nitatur Zoan. *ad Rub. C. h. t n.* 21. *et seqq.* in id quod interfuit *L.* 6. §. 4. *h. t.* tunc cum decerneretur. non quod hodie interest, *L.* 8. §. 1. *h. t.* Quod explicatur *L.* 10. §. *ult. h. t.* Quod interesse vere probandum, *d.* §. *ult.* non jusjurandum in litem, Bellon. *d. n.* 3. Dices: At quomodo probari potest quod intersit, nisi probato debito? Quod si potest aliunde probari debitum, supervacua fuit editio, ideoque impunis recusatio. Resp. est in *d.* §. *ult.* si ob non edita instrumenta rem amisimus, potest esse ut postea. mulecumque illa nacti, vel aliis probationibus quibus antea caruimus, istud probemus. Don. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 8. Officii autem judicis implorationi subnecti posse sub conditione, si non ediderit actionem hanc, et eodem libello proponi. Myn. *ad d. C.* 1. *n.* 32 Objic. At cur argentarius non tenetur mandanti, cum non edat nisi rationes quas mandante eo tractavit qui edi petit? Resp. Cujac. 10. *Obs.* 14. Mandati actione non tenetur omnis cui mandatum est: sed procurator qui aliena negotia administravit. Conscribere autem rationes non est administrare negotia. Vereor ut apposite. Plane si. suscepto mandato, argentarius rationem non conscripserit, mandati tenetur, quanti rationem scriptam esse interest, P. Aldobrand. *in L.* 1. *C. h. t. pag.* 10. Aliam quoque hic pœnam in potestate judicis esse vult Donell. *d. n.* 8. ut jussus edere detrectans habeatur pro convicto, per *L.* 2. §. 1. *de jur. fisc.* junct. *L.* 20. *in fin. C. de probat.* Sed et in usu sunt mandata compulsorialia pro editione. de quibus Frid. 2. de *Mand. judic.* 47. *et seqq.* Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib* 5. *C.* 17. *n.* 12. *et seqq.* Quibus casibus alius privatus qui nec agit nec convenitur, edere compellatur. vid. Frid. 2. *de Mand. judic.* 48. *n.* 11. Pacian. 1. *de Prob.* 66. *n.* 85. Myns. *ad d. C.* 1. *de probat. n.* 26. *et seqq.* Mellec. 5. *Senecar.* 87.

*niam quam te deposuisse dicis, deberi tibi probes. Nam quod desideras, ut rationes suas adversaria tua exhibeat, id ex caussa ad officium judicis solet pertinere.* Hoc perinde est, quasi diceret: Quod desideras de rationibus adversariæ non impetrabis. Ut enim reus actori cogetur rationes suas exhibere, pertinet id quidem ad officium judicis, sed ex caussa, quæ caussa in proposito nulla est. Ut merito dicat actori providcodum quomodo aliter de re doceat, cum futurum sit ut illo non probante reus absolvatur, *L. qui accusare, C. eod.* Et recte innuit in proposito nullam esse caussam cur adversaria cogatur edere suas rationes. Nam et qui desiderat rationes sibi edi, privatus est non fiscus; et qui ad hoc officium vocatur, reus est non actor, et is reus qui non sit argentarius. Mulier enim est cum qua agitur. Mulier argentarii officio fungi non potest, *L. penul. D. eod.* Sed nec tanquam cum herede argentarii agitur. Caussa autem petendi ex deposito nominatim, non ex administratione. Postremo quæ rationes desiderantur, eæ snot ejus propriæ quæ convenitor. Quapropter nihil est in proposita specie cur adversaria actori rationes suas exhibere cogatur. Ex quo recte ita definiemus: Nulli actori privato reus privatus rationes suas proprias cogendus est edere.

IV, Cujus juris redditur ratio alio rescripto ejusdem tituli, nempe *L.* 4.; diceret enim aliquis: At iniquum est reum rationes suas actori non edere, cum rationibus ejus inspectis veri fides possit constare et statim ab omni lite discedi. Est boni judicis verum inquirere ac tueri, et probationum facultas angustari non debet, *L. quoniam*, in fin. *C. de hær. et Manich.* tum quæcumque facultas detur, lites minuere, *L. judices, C. de jud. L. quidam. D. si cer. pet.* imo, inquit (10) eo rescripto Antoninus, *neque juris neque æquitatis ratio permittit ut alienorum instrumentorum inspiciendorum potestas fieri debeat.* Non juris; ut quod contra constitutum erat, et jam olim semper obtinuerat. Non æquitatis, idest æqui boni, et juris naturæ seu gentium, *L. penult. D. de just. et jur.* duabus de caussis. Primum quia ita lex sit naturæ, unumquemque moderatorem esse debere et arbitrum rei suæ *L. in re mandata, C. man.* Deinde, quia et hæc alia sit lex ejusdem naturæ neminem alteri incommodare debere, *L. solvendo, D. de nego. gest.* Qua eadem lege multo magis in nos ipsos injurii esse, neque lædere prohibemur. Lædet autem se qui rationes suas quibus vincatur, adversario edit; idest arma in sese adversario subministrat. Quod ipsum nimis grave est, ut est in *L. nimis, C. de testib.* Nimis; quia bis grave et quod perit qui id faciat, et quod perit ejus opera per quem maxime ipsum salvum esse oportebat, idest sua; ut non minus vere quam concinne et eleganter illud dictum sit a vetere poeta.

*Interimitur his qui suis armis perit.*

Judex quidem verum tueri debet, sed cognitum, Inquiret in hoc ipsum, ut id cognoscat; sed honestis et legitimis rationibus, non ut reo iojuriam faciat, eique jus de re sua statuendi ut velit, adimat. Neque vero eum reum rationes suas exhibere non coget, idcirco lites non minuet judex. Augeret potius si hanc editiooem illi imperaret; cum secundum regulam juris, actore non probante, statim litis finis esse potuerit; debuit enim absolvi. Sed enim dicat rursum quispiam: Non sit æquum fortasse reum rationes suas in se exhibere, ut ipsi noceant; at saltem æ-

(10) *L. 10. §. 4. de QQ. C. 1. Extra. de probat.* Ad hæc iniquum arcana domus aliis prodere cogi, quæ his rationibus contineri possunt, nec temere publicanda. Alias hinc sæpe cavillandi occasio, non veritatis indagandæ præbetur. Posset et quis vel ideo calumniosam actionem intendere, ut arcana ædium alterius scrutetur, Gilk. ad *L. 1. C. h. tit. n.* 23. *et ad L. ult. n.* 2. Equidem iniquum esset hoc negare actori, si constaret rationibus Rei scriptum quod debeat, At quia de eo non constat, iniquum foret si sua alteri communicare cogeretur invitus, Don. *ad L. 1. C. h. t. n.* 9. ut et hoc juri adversum, ut actore non probante reus quidquam præstet, *L. 4. C. h. tit.* ubi Don. *n.* 4. Plane si instrumentum subtractum reo ab alio, bona fide ad creditorem etsi per manus juris pervenerit, ex eo recte agi judicatum refert, licet aliud sit si ipse subtraxerit, A. Fab. *C. suo h. tit. de fin.* 9. Objic. Atqui reus tenetur respondere Positionibus, *C. 2. de confess, in 6. Clem. sæpe 2. §. quia de V. S.* et ita adigitur ut sua se voce impugnet. Resp. Plane Positionum usum post instructum judicium consuetudo, non ratio juris defendit, ut Myns. *ad C. 1. de Probat. n.* 10. et Gilken. *ad L. 1. Cod. h. t. n.* 21. Zoanett. *ibid. n.* 5. et Cagnol. *n.* 28. Jac. Schult. alios citans *Obs. forens.* 4. *n.* 19. (idemque in foro Saxoniæ contrario usu sublatus post Fachs. *Diff.* 48. Scult. *d. Obs.* 4. *n.* 10. *et seqq.*) Non tamen ideo hoc jus correctum, ceu correcta ratione ut olim Cur. referente Cagnol. *d. loc. n.* 27. et nuperius Jo. Bapt. Plot. *de in tit. jur.* §. 23. *n* 5. Neque enim obscuræ inter hæc duo differentiæ quas exponunt Zoan. *ibid. n.* 4. Gilken. et Myns. *dd. loc.* Cagnol. *in d. L. 1. n.* 35. *et seqq.* Fachin. 11. *Contr.* 83.

quum ob id eum edere, ut se suspicione liberet et probet se nihil accepisse; quod fiet cum ostendit nihil se de eo retulisse in rationes suas. Huic objectioni tacitæ occurrit Antoninus ea ratione quam in extremo superioris rescripti posuit, et quam paulo ante retulimus: *Actore enim*, inquit, *non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse præstat, obtinebit.* Hoc enim voluit intelligi, nullo modo esse æquum reum rationes suas exhibere; non dico si ipsi noceant, sed ne tum quidem si ipsum adjuvent. Nam etsi faciant pro eo, tamen de se nihil cogitur probare, satisque est ad ejus defensionem quod actor nihil probet.

V. Sed de æquitatis ratione quam dicit Antoninus, minus potuit dubitari; at juris ratio cum ea sententia pugnare videbatur. Constitutum est enim actorem desiderante reo rationes suas exhibere debere, idque eo ut fides rei gestæ constare possit. *L. non est. C. eod.* Cur non ista ratione et reus actori suas edere cogatur? Et ne qua hic etiam de jure superesset dubitatio, huic objectioni ex professo responsum est ab Alexandro alio rescripto, nempe *L. ult. C. eod.* ubi ratio (11) differentiæ reddita est ad hanc sententiam: Recte desiderari ab actore ut is rationes suas edat reo, quia dolo faciet nisi edat. Non recte item desiderari ut reus

(11) De hoc fuse Don. noster *ad d. L ult. n. 2. et 2. seqq.* Summa hæc: Ratio differentiæ duplex innuitur *d. L. ult.* 1.° a fine personarum actoris et rei. Hic coactus petit sibi edi, non ad lædendum sed ad tuendum se et muniendum. Naturalis autem pro laborantibus favor, Quintil. *Lib. 4. C. 1. L. 47. de O. et A.* (ita idem ad *L. 4. C. de fid. instr. n.* 9. Actor postulans editionem, id agit ut reo negotium facessat; Reus vero, ne sibi negotium injuste facessatur) 2.° a dolo qui est in actore editionem negante, non in reo. Et hæc ratio præcipua. Objic. Quomodo in dolo actor, dum rationes suas retinet; immo jure suo utitur, tum quia dominus est. Ergo per *L. 21. C. Mand.* tum ne cogatur se lædere. Resp. Don. *n* 4. Dolus ita arguitur, quod facit contra id quod recipit agendo, dum affirmat verum esse quod intendit, ejusque probationem suscepit. Quo ipso nihil, unde de re controversa constare queat, rejicit, alias intentioni ipse suæ adversabitur. Deinde cum, exempli gratia, qui petiit 10. ex mutuo, reum excipientem, exempli gratia se solvisse non audit, exigit veritatem defensionis a reo, Eam igitur ipseque in intentione sua præstet, ut nihil omnino recuset ex quo fides veri habeatur, quod quidem sibi suspectum non sit. Rationes autem propriæ ut sint suspectæ, esse non potest. At, dicis, domini est de re sua ut vult statuere. Resp. Recte, nisi facto suo id amiserit. Ita hic facto suo, agendo, edendi necessitatem sibi actor imposuit. Alia ratio Rei, quia is negando onus probandi non suscepit, sed removit. Cæterum cum *d. L. ult.* non oportere originem petitionis fundari instrumentis Rei dicat, cumque in exceptione reo quoque edendi necessitas, fit ut *h. C. N.* 1. hinc nostri inquirunt an, ut actor ad exceptionem, ita quoque reus excipiens ad replicationem fundandam edere teneatur? Quod Bart. et DD. vulgo, Bover. *Sing.* 32. *n.* 3. *et n* 9. Menoch. *Arb. cas.* 499. *n.* 86. P. Fab. *ad L.* 92. *de R. J. pag.* 422. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. Cap.* 63. *n.* 115. *et seqq.* affirmant; quin et nonnulli ad triplicationem producunt, Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 8. *pag.* 86. Myns. *ad C.* 1. *Extr. de probat. n.* 19. et quos refert Gilken. *ad L. ult. Cod. hoc t. n.* 10. hoc confirmans 5. rationibus *n* 13. *et seqq.* ubi receptiorem æquiorem hanc opinionem esse statuit. Nituntur præcipue verbis *d. L. ult.* originem petitionis itemque *L. pen.* §. *ult. ad L. Falcid.* et quod æque non potuerit divinare actor quæ replicatio sibi objicienda, nec de eo se mature instruere. Negat autem Don. *ad d. L. ult n.* 9 post Fulgos *ib. n.* 3. et Salicet. *n.* 9. 1.° Per eadem verba *originem petitionis.* Quorsum enim replicatio, nisi ut, exceptione per eam submota, fundetur, id est stabiliatur origo petitionis alias ruitura? 2.° Quis neget quin in replicatione vere sit actor, *L.* 80. §. *ult. de pecul.*? Ergo jure actoris utatur, proinde reo non probante reus etsi nihil præstet, et si nec edat quidquam, absolvatur. Ad *d. L. pen.* §. *ult.* resp. Donellus ibi heres reus edit legatariis, non ad fundandam replicationem quæ illic nulla, sed ad expediendam fidem exceptionis. Et ibid. etiam alia instrumenta quam rationes eduntur ideo, quia illis se tuebatur reus iis utendo. Etsi vero replicatio species exceptionis *L.* 2. §. 1. *de except.* dissimilis tamen ab actore, spectans non ad tuendum sed lædendum. Plane si ex eo ipso instrumento quo reus exceptionem fundat, replicationem probare velit actor, audiendus est, quia instrumenta integra edenda. *L.* 1. §. *pen. h. t.* P. Bus. *ad L.* 3. *h. t. n.* 8. Ubi autem confessione rei vel probatione actoris fundata ejus intentio, orto circa quædam incidentia dubio, ad intentionem adjuvandam reum edere teneri volunt: Veluti: vindicavi fundum 10. jugerum. Fateris me dominum, vel ego probavi, sed negas modum mensuræ. Recte peto instrumenta abs te edi, quibus continentur fines agri et numerus jugerum, ita per *L. Titius* 48. *de act. empt. L.* 91. §. *Titio* 3. *de L.* 3. Bover. *Sing.* 32. *n.* 3. *Zas. Par. D. h. tit. n.* 7. Menoch. *Cas.* 499. *n.* 83. Mynsing. *ad C.* 1. *de probat. n* 18. Gilken. *ad L. ult. C. h. t. n.* 15. *et* 16. Bronch. 2. *Ass.* 94. Rulant. *de Commissar. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 14. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam* 13. *n* 225. Anton. Fab. *C. suo h. t. de-*

edat suas actori; quia etsi non edat, nihil tamen dolo faciat. Dolo facere actorem qui rationes suas recuset edere, probatur hac ratione, quod non debeat recusare id edere quo se posse instruere confidit, cum præsertim ipse intentionem suam probare debeat. Quid tamen, si ideo recuset edere rationes, quia contra eum faciunt et reum liberant? Nihil de eo dixit Imperator, sed eo prætermisit, quia si rationes contra eum faciunt, tanto magis dolo facit, quod petit ab eo qui nihil debuit. Utroque igitur modo facit dolo actor, quod rationes suas non edit, sive pro eo faciunt, sive contra eum. At nihil dolo facit reus qui suas non exhibet, *quia*, inquit, *non oportet originem petitionis ex instrumentis ejus qui convenitur fundari.* Quasi diceret: etsi rationes ejus contra ipsum facerent, tamen ideo eas exhibere non debet, quia non debet fundare petitionem actoris adversus se, *d. L. qui accusare, eod.* Non dixit quid facere deberet reus, si rationes pro eo faciant. Quoniam si hoc fit, multo minus eas debet exhibere, cum de jure suo docere non cogatur, sed absolvatur si actor non probet.

VI. Nunc, quoniam quod de publicis actis dixi initio hujus capitis, obscurius scriptum est in *L. 2. C. eod.* id circo placuit ejus legis interpretationem subjicere.

*fin.* 1. Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 63. *n.* 99. *et seqq.* Confer omnino Valasc. *Jur. emphyt. Q.* 8. Frider. Martini *de jur. censuum C.* 7. *n.* 241. *et seqq.* Sic, si ago ex chirographo, tu manum vel sigillum tuum inficiaris, etc. Mynsing. *d. n.* 18. post Old. *Cl.* 1. *Act.* 8. *pag.* 86. Sic, cognito de fideicommissi jure, cogitur heres rogatus omnia instrumenta ad hereditatis caussam pertinentia edere, ut inde constet quæ sint bona hæreditaria fideicommisso obnoxia, Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 14. Secus est, si semiplene tantum reus probavit, Menoch. *d. loc. n.* 84. Ex æquitate tamen, ubi judex veritatem periclitari intelligit, posse illum officio suo injungere reo editionem, ubi actori probationes fuerunt quarum copia periit, Oldend. *d. Act.* 8. *pag.* 86. Myns. *ad d. C.* 1. *n.* 17. Veluti si rationes et instrumenta sua actor casu et citra culpam amisit; de quo fuse Menoch. *Arb. Cas.* 499. *n.* 55. *et seqq.* Pacian. *de Probat. Lib.* 1. *C.* 63. *n.* 153. *et seqq.* add. Asin. ut *h. C. N.* 3. *in fin.* Allegatti autem causam cur reus edere debeat probandi onus, vid. Cagnol. *ad L.* 1. *C. h. t. n.* 29. *et seq.* Pacian. *Lib.* 1. *de Probat C* 62.

## CAP. VIII.

### De publicis actis seu instrumentis edendis.

*Analysis et expositio* L. is apud quem 2. C. de ed. 1. et seqq. *Acta publica quid sint : cur civilia criminalibus opponuntur.* I. *Cui edenda ex judiciis imperio.* II.

I. Verba hæc sunt: *Is apud quem res agitur, acta publica tam civilia quam criminalia exhiberi inspicienda ad investigandam veritatis fidem jubebit.* Acta sunt ea quæ aguntur; et ea figura qua usurpamus contentum pro continente, acta dicuntur tabulæ et instrumenta in quibus ea acta perscribuntur; ut hoc loco acta publica sunt scripturæ de iis rebus quæ in judicio et apud magistratum aguntur, quæ absolute etiam dicuntur acta. *L. acta, L. actorum, D. de re jud.* Publica dicuntur ideo, quia auctore et comprobante eo aguntur perscribunturque cujus persona et auctoritas publica est; idest a magistratu et eo qui a magistratu judicandi potestatem accepit, quorum ob eam caussam fides et auctoritas publica habetur; idest talis ut non inter litigatores tantum qui nunc agunt, sed inter omnes personas fidem faciant rem ita gestam esse ut illis actis continetur, *L. gesta, ult. C. de re jud. L. in donationibus, C. de donatio.* Similia acta sunt quæ interponuntur in re pecuniaria, *L. ult. D. de furt.* juncta *L. ult. D. de priv. del.* civilis actio, idest pecuniaria criminali opponitur *d. L. ult. D. de fur. titu. C. quand. civil. actio criminal. præjud.* Sic et hoc loco civilia acta criminalibus. Quæ appellatio inde nata est, quod in re pecuniaria agitur res inter cives duos: agit enim civis cum cive, id est privatus cum privato. In criminibus non item. In his enim agit non civis, sed respublica cum cive de re ad rempublicam pertinente: agitur enim vindicta criminis quæ ad reipublicæ utilitatem pertinet, *L. locatio, §. quod illicite, D. de publican.*

II. Is autem *apud quem res agitur*, idest judex, *§.* 1. *Inst. de actio.* is hæc acta (1)

(1) De hac editione plura quæ subnotare possem, habeo. Sed quia ubique copioso esse non licet, remitto ad Jason. Don. Zoan. et Gilkem. *ad L.* 2. *C. h. t.* Bellon. 2. *Supputat.* 12.

*exhiberi jubebit*, sed cui? Primum sibi, si videtur: jubetur enim diligenter caussam cognoscere prius quam judicet, *L. judices. C. de judic.* Rem autem ex actis judicii cognoscet; idemque multo magis faciet qui mortuo judici successerit, *L. mortuo, D. de jud.* Jubebit etiam edi alterutri ex litigatoribus id postulanti: acta enim judicii quodammodo horum omnium sunt, litigatorum videlicet, et judicis *arg. L. acta, D. de jud.* quid tamen si iam ante quam petantur, exemplum ab actuario datum sit? Sequemur hic exemplum ejus qui sibi rationes ab argentario edi postulat: cui non aliter edi jubet prætor quam ex caussa, *L. si quis* in fin. *D. de eden.* caussæ enumerantur in *L. veluti, seq.* A quo vero jubebit exhiberi? a litigatore, si apud eum erunt, sive is erit reus, sive actor, sed maxime ab (2) actuario, cujus ut argentarii officium publicam caussam habet. Itaque hac definitione generali Imperatores unum aliquod ex his significare voluerunt. Potest enim primum de officio judicis in caussa cognoscenda definitio accipi. Nam cum, ut dixi, jubeatur judex caussam cognoscere ante quam judicet, potest hic sensus accipi, quasi judicem alloquentes Imperatores moneant ex officio ejus esse ut acta judicii curet sibi edenda, scilicet quo illa diligenter inspiciat; alioqui intelligat, hac cognitione prætermissa, nullam sententiam fore. Hoc quidem præceptum atque hæc denunciatio diserte scripta exstat in *L. properandum §. et si quidem, C. de jud.* Potest etiam referri definitio ad litigatores ut hoc exprimat, uter litigatorum acta judicii sibi ab adversario exhiberi desideravit, judicem exhiberi jussurum, quasi rem pariter ad utrumque pertinentem: atque ita, cum edicto cautum sit ut ea instrumenta quis edat quibus usurus est, non alia; hoc dicto declaratur id ad privata instrumenta et ea quæ sint propria ejus unde ea desiderantur, non ad publica et ea quæ non minus adversarii sunt pertinere.

Marant. *Specul. P. 6. act.* 10. Parlad. *Rer. Quotid.* 9. Pucian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 65. Petr. Frider. *Lib.* 2. *de M ind. jud. C.* 47. *et seqq. et C.* 66. *usque ad n.* 6. Scaccia 1. *de judic.* 100. Bender. *de Revisione Conclus.* 15. *n.* 12. Rulant. *de Commiss. P.* 2. *Lib.* 5. *C.* 19. *n.* 16. *et seqq.* Gail. 1. *Obs.* 106. *et* 134. Guid. Pap. *Decis.* 2. *et Decis.* 241 *et seq.* Jo. Meichsner. *Lib.* 1. *decis. Cam.* 14. *n.* 5. *et seq.* Myns. 1. *Obs.* 11. *et ad C.* 1. *de probat. n.* 39. ubi quod cum die et consule edi debeant.

(2) Vid. Cacheran. *Decis.* 16. *et Decis.* 57. ac confer Menoch. *Arbit. Casu* 370. Belle de actuariis tractat Langlæ. 4. *Semestr.* 6. Protocollum ut Notarius exhibere teneatur, vid. Anton. Sola *ad Constit. antiq. Sabaud. rub. de Protocolli exhibitione.* Quod acta pauperi gratis edenda, Pruckman. *Consil.* 16. *n.* 19. Ventura de Valentiis *Parthen. litigiosi Lib.* 2. *C.* 9. *n.* 17. arg. *Nov.* 17. *C.* 3. Consilia juris et allegationes uti edi debeant, consule Menoch. *Arb. Cas.* 175. Gilken. *ad L.* 2. *C. h. t. n.* 6. *et seqq.* Scaccia 1. 1. *de judic.* 100. *n.* 14.

## CAP. IX.

**Eum qui in jus vocatus esset et cui edita esset actio, necesse habuisse jure Romano aut cavere judicio sistendi caussa, aut in jus venire: qualis ea cautio fuerit, et quam vim habeat.**

*Transitio; et usus hujus tractationis.* I.
*Rerum partitio.* Cautio sisti judicio *quid valeat.* II.
*Quid illi adjecerit, et quam recte Justinianus.* III.
Cautio sisti judicio *quotuplex: qualis præstanda a singulis.* IV. V.
*Qui talis cautionis effectus, et quando hic cesset.* VI.
*Quid significent hæc veteribus usitata nomina et locutiones:* vades, vadimonium, vadari; obire vel deserere vadimonium. VII.
*Cavere abnuentem; jure hunc actor in jus trahit obtortum.* VIII.
*Qui in jus duci nequeant, aut omnino, aut non nisi prætoris permissu, quæ utriusque ratio* IX.
*Nec iniqua nec inutilis fuit in jus ductio; et quare.* X.
*Quare in jus ductio, vel cautio* judicio sisti *fuerit et civili Romanorum, et sit Pontificio jure necessaria* XI.
*Cur moribus Gallorum aliud obtineat.* XII.

I. Ut hoc exigendum fuit ab actore ante omnia, ut reum in jus vocaret et simul ei ederet actionem qua acturus esset, quibus de rebus huc usque a nobis dictum est: ita prospiciendum fuit ex altera parte ne, cum rite vocatus esset reus (quod superioribus rebus efficitur), inutilis esset vocatio, si forte vocatus sponte in jus non veniret. Cui rei ita prospectum est jure Romano, ut non putarent veteres qui id jus constituerint, satis esse quod vocatio in jus, atque adeo sola denunciatio ad domum rei facta, prodesset eo ut liceret absentis bona possidere: quamquam ad hoc proficit; eaque via est etiam constituta, qua jus nostrum consequamur adversus absentes, et qui potestatem sui non faciunt, *L. satisque, D. de in jus vocan.* sed id etiam obtinendum a reo censuerint, si quomodo posset, ut vocatus in jus veniret, necessitatem veniendi ei imponerent: quo res scilicet jure judicioque disceptaretur, sive quod judicarent in judicio plus esse auctoritatis, et momenti ad lites et controversias dirimendas, sive quod pertinet hoc ad existimationem petitoris, intelligi nihil eum calumniæ caussa petere; quod tum intelligi potuit, eum adversario contradicente de re esset judicatum; sive quod etiam omnem conquerendi caussam reo vellent adimere: quæ tum esset penitus præcisa cum res judicio acta transactaque esset. Itaque de ea re ita statuerunt. Vocari quidem reum et simul ei actionem edi sine ulla exceptione voluerunt, prius quam quisquam in jus venire cogeretur. Edita actione, quod consequens fuit, etiam (1) spacium dederunt quod opus esset reo, ad deliberandum de ea ea re utrum cedere an contendere deberet, ut supra dixi. Sed hoc postremum sub conditione, si caveret se post id tempus ad (2) constitutum diem judicio stiturum. Unde lis constituta, et simpliciter constitutum Petronio Arbitro dicitur. Quod ni eo nomine cavere vellet, hanc pœnam constituerunt, ut jam tum statim cogeretur ire, et nisi sequeretur, posset in jus duci: quod ille Titulus Digestorum plane demonstrat, *In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum deat.* Quorum in utroque quid egerint apparet. Aperte enim utraque re necessitas imposita est reo, ut vel eat nunc, vel paulo post in jus veniret. Quo enim spectat cautio judicio se sistendi? Nempe, ut reus cautione et, ut veteres loquebantur, vadimonio obstrictus, coactus periculi metu quod ex cautione deserta imminebat, non deesset promissioni, sed judicio se sua die sisteret. Hæc necessitas cavendi et veniendi in jus argumentum est in quo

(1) Quamquam Cujac. *in Novel* 53. *pag. mihi* 191. velit reum debere statim atque accepit libellum conventionis (et sic ante tempus datum deliberationi) præstare cautionem personalem judicio sisti. Quam personalem dici scribit ad differentiam satisdationis judicatum solvi, quæ de re est, non persona.

(2) De die autem eo convenire solet, etc. *L.* 8. *pr. Qui sat. cog.* ubi Cujac. 22. *Obs.* 26. et Ant. Fab. *in Rational. ibid.* verba extrema *moderato, etc.* a Triboniano adsuta esse censuit. Quod non probandum vid. Menoch. *Arb. cas.* 54. Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *Q.* 8. *pag.* 59. *et in Tab. actionum, pag.* 1150. Goed. *ad L.* 3. *pr. de V. S. n.* 20. *et seqq.* et Pac. 1. *Enant. Quæst.* 76.

versantur et Titulus *de in jus vocando* in Pandectis et reliqui omnes qui inde sequuntur usque ad Titulum *de edendo*. Itaque eum de ea dixero (dicam autem breviter et quantum ad summam juris veteris et occasionem rerum in hoc genere quæsitarum intelligendum sit satis, nam amplius non videtur necesse) superiorum titulorum sententia ex parte erit cognita; ut si quis cætera ex illis velit diligentius petere, non laboret.

II. Ergo reo vocato, edita actione, defertur conditio ut aut caveat, aut in jus eat. Quid cavere debeat, qualis cautio ab eo exigatur, et quam vim ea habeat videamus. Cavet se ad constitutum diem judicio stiturum. Hinc edicto cautum quis fidejussor judicio sistendi caussa acciperetur, *L.* 2. *§. prætor, D. qui satid. cog. L.* 1. *L.* 2. *D. in jus voc. ut eant.* Inde illa: ad quid teneatur, qui se judicio sisti promisit, *L.* 2. *§. ult. D. qui satis. cog. L. ult. D. si quis in jus voc.* et quid si quis justa de caussa impeditus, cautionibus judicio sistendi caussa factis non obtemperaverit, *tot. Tit. si quis cautioni*. Sistere se aliquo in loco est in eum locum venire, ut ibi consistat. Et ideo hæc stipulatio non committitur nisi adversus eum, qui non venit, *L.* 2. *§. si quis judicio, D. si quis caut.* Et hæc, sistere se judicio, et ad judicium venire seu occurrere, pro eodem usurpantur *L.* 2. *§.* 1. et *§. ult. L. si duo, §.* 2. *si quis cautio. judicio* valet judicii caussa, et quod modo dixi ad judicium, intelligo accipiendum, ut sistere se judicio, sit sistere se in jure, ut reus judicium quod datur accipiat, idest patiatur litem secum contestari, ut significatur in (3) *L. si eum*, in fin. *si quis caut.* vel, ut alibi, secum agendi potestatem faciat. *L. etsi. eod.* quod fit judicium accipiendo et litem contestando. Itaque qui ad judicium occurrit et litem contestatus est, is hac stipulatione jure liberatur. Amplius quicquam a reo olim exigi, quam ut se sisteret judicii accipiendi caussa, deque ea re cavere non legimus: neque vero erat necesse. cum lite semel contestata, de re cognoscere judex etiam absente reo et judicare potuerit, ut dicetur suo loco.

III. Justinianus hoc exegit, ut reus non tantum promitteret se in jus venturum litis contestandæ caussa, sed etiam se permansurum in judicio usque ad terminum litis. Sic enim loquitur in *§. si vero aliquis. eod. tit.* se tempore sententiæ recitandæ in judicium venturum. Quod cui bono constituerit non animadverto; cum, ut dixi, etiam (4) absente reo judicari potuerit, ut sententia non minus eum teneat, quam si præsente eo ju-

(3) Sed et sistere reum fidejussor dicitur se exhibere, *L.* 10. *pr. Si quis caut. L. pen. Cod. de fidejuss.* vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 1. *princ.*

(4) Ita et, verbis Donelli usurpatis, Gaspar Schifordegher. *Lib* 1. *ad* Anton. Fab. *Tr* 4 *Q.* 4. *sub fin.* Male. Etsi enim absente reo postea cognosci possit; non tamen ita commode, ac immo et post litem contestatam cogitur se præsentare reus, vid. *h. C. N.* 23. Plane et post litem contestatam fidejussorem exercitationis litis recte accipi probat, *L.* 8. §. 3. *de fidej.* Et notat Roder. Suarez *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinationib. n.* 28. cautum esse debere judicem ut curet promitti a fidejussore sisti reum quotiescunque petitum fuerit, donec omnimodo lis finiatur; de quo fuse tractat *ibid. n.* 31. *et seqq.* add. Hering. *de Fidej C.* 20. §. 9. *et seq.* ibique ab eo citati. Enimvero Valasc. *Tomo* 1. *Consult* 66. *n.* 10. *et seqq.* duplicem judicio sisti cautionem agnoscit, 1.° de qua *tit. In jus voc. ut eant, etc.* quæ evanescat, reo primum in judicio comparente 2.° de qua *tit. Qui satisdar. cog.* quæ non nisi lata sententia, *d. L.* 8. §. 3. *de fidejuss.* ut nempe illic ad initium solum et primum actum, hic ad omnes reliquos actus judicii exhibere reum teneatur. Quomodo et Ant. Fab. *ad L. ultim. Si quis in jus voc. et ad L.* 1. *In jus voc. ut eant*, *et ad L.* 8. *pr. Qui satisd. cog.* aliam esse cautionem de sistendo in Jure apud Prætorem, aliam judicio sisti apud pedaneum judicem. De illa *d. tit. In jus voc. ut eant*, de hac *d. tit. Qui sat. cog.* Atque hoc differre *tit. Ne quis eum qui in jus voc.* a titulo *de eo per quem fact. erit.* Verum fallitur Faber dum putat verbis *judicio sisti* non posse contineri Prætoris tribunal. Nam præterquam quod resistant *L.* 1. *d. tit. Si quis in jus voc. et L.* 1. *In jus voc. ut eant*, quibus clare dicitur judicio sistendi caussa (quas alienas esse ab illis titulis, eosque titulos a Triboniano male acceptos esse, malo more Faber contendit) apertissime refellitur ex *L.* 5. § 1. *Qui sat. cog.* ubi primo dicitur *judicio sistendi*, et subditur tamen duci in jus; et ex *L.* 1. *pr. Si ex nox. ca. ag.* apparet vim cautionis judicio sisti esse quoque antequam judicium accipiatur. Falso itaque Antonius Faber omnem ejus vim esse post litem contestatam. Alia denique differentia *tit. Ne quis eum qui in jus* ab alio tit. *de eo per quem fact.* Nempe illius tituli edicto coercetur eximens eum qui ducitur quia non satisdedit, aut sponte quidem it, ut *L.* 4, *d. tit.* sed non præstita cautione. Hujus vero edictum de eo qui impedit ne qui satisdedit cautioni ac promissioni suæ pareat.

dicatum foret. Et sane si reus id nollet promittere, quæ pœna adversus eum esse poterit non video.

IV. (5) Cautio judicio sistendi caussa quæ a reo exigitur, non est unius modi. Ut est personarum conditio, ita ab aliis nuda cautio et repromissio exigitur; ab aliis cautio jurejurando firmata; ab aliis etiam satisdatio, idest cautio ejusmodi, qua cum promiserit reus se judicio stiturum, det etiam in eam rem fidejussores, idest eos qui idem adpromittant. Id enim satisdatio significat. *L.* 1. *D. qui satisd. cog.* *L.* 5. *§. satis. D. de verb. oblig.* In hanc sententiam sic Titulus ille *qui satisdare cogantur* in Pandectis conceptus est: *Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.* Hanc varietatem Justinianus in sua illa cautione, cujus paulo ante memini, expressit in *§. sed hodie. Inst. de satisd.* Hinc illa disjunctio Tituli, in jus vocati: *In jus vocati ut eant, aut satis vel. cautum dent.* Satisdent, si ii sunt a quibus satisdatio exigitur: cautum dent sine fidejussoribus ii a quibus nihil amplius exigitur quam cautio, seu promissio. Qui immobilia non possidet (6) jubetur satisdare; qui possidet satisdare non compellitur (7) *L. sciendum, D. qui satisd. cog.* quo loco quis (8) possessor immobilium habendus sit quæritur; quod expli-

(5) Cautionis nomen generale. Quo absolute posito, nuda promissio significatur, *L. sancimus* 3. *Cod. de V. S.* Et ita *L.* 25 §. 1. *cir. fin.* *L.* 33. §. 3. *Cod. de Episc. et Cler.* Harprech. *ad princ. et §.* 1. *Instit. de satisd.* *n.* 6. Sed cum sufficiens plena vel idonea requiritur, non nisi pigneraticia vel fidejussoria, Corset. *Singul.* 42. Gail. 2. *Obs.* 47. *n.* 4. *et de Arrest. imperii. Cap.* 3. *n.* 4. *et seqq.* Menoch. *Arb. cas.* 142. Bronch. 1. *Ass.* 25. Henrig. *de Fidejuss. Cap.* 5. *n.* 22. Ayrer. *Process. P.* 1. *Cap.* 10. *Obs.* 2 *n.* 2. *per L.* 59. §. *ult. Mand. Cap. ad nostram* 7. *de jurej.* Pac. *L.* 188. §. 1. *de V. S.*

(6) Non tam quod hic pro prædibus prædia habeantur, quodque tam per bonorum hanc possessionem quam per dationem fidejussorum consulatur actori, cum si malitiose frusretur reus, bona in pignoris caussam capi et distrahi possint, ut Wesenb. *Parat. h. t.* *n.* 11. P. Heig. *P.* 1. *Quæst.* 36. *n.* 26. *et seqq.* Annæ Robert. 4. *Rer. judic.* 11. Ant. Fab. *ad d. L.* 15. *pr.* Hæc enim ratio aliis quoque cautionibus prætoriis communis, cum tamen regula *d. L.* 15 ad solam judicio sisti pertineat, Pac. 1. *Enant. Quæst.* 68. Et adversatur huic rationi species *d. L.* 15. §. 3. ut Suarez *loc. mox citando.* Quam quia satisdatio injungitur, ne reus ante litis contestationem fugiens sententiam ferri impediat, ut *h. C. n.* 11. Quæ suspicio fugæ hic cessat post Bart. et alios Rod. Suarez. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinationib. princip. n.* 3. *et n.* 12. Peregrin. Jannin. *de Citat. reali Lib.* 1. *Cap.* 2. *n.* 157. Sich. *ad Auth. offeratur, C. de lit. cont. n.* 18. Valasc. *Cons.* 66. *n.* 5. Pac. *d. Q.* 68. cum res soli amoveri nequeant, Jo. Robert. 3. *Sent.* 21. Alia mobilium ratio, non quod par affectio in eas non cadat, ut Jannin. *d. C.* 12. *n.* 158. sed quia celari facile ac deperdi possunt. Ant. Fab. *d. loc.* nec minus de fuga suspectus debitor, cum easdem alio transferre possit. Quare aliud in mobilibus iis quæ occultari vel loco moveri facile et clanculum nequeunt; ut si mercator merces plures possideat, tabernam habens in loco publico, quæ secreto exhauriri nequeant, maxime si et intricatus sit nominibus debitorum, vid. post Bart. *ad d. L.* 15. *n.* 5. Sich. *d n.* 18. Jannin. *d. Cap.* 2. *n.* 161. Duar. *d. loc. n.* 12. Damhuder. *Praxi civ. C.* 99. *n.* 9. Lancel. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil. v. Satisdatio n.* 7. Harpr. *in* §. 2. *Instit. de satisd. n.* 18. Ayrer. *P.* 1. *Cap.* 10. *Obs.* 3. *n.* 18. *et seqq.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 19. quem adi. Addatur in simili Menoch. *Arb. cas.* 87. *n.* 12. Tametsi alias merces immobilium loco non habendæ, de quo P. Heig. *P.* 2. *Quæst.* 15.

(7) Etiamsi alias perspectæ fidei sit, et integræ notæ, ut Valasc. *Tomo* 1. *Consult.* 66. *n.* 32. Licet hos de fuga non suspectos esse velit Menoch. *d. Casu* 87. *n.* 12. Quid, si dum contraheret actor, scivit reum non possidere immobilia vel mobilia ad rei valorem accedentia? Valasc. *d. loc. n.* 33. non posse peti satisdationem putat, quia contrahendo personam ejus approbaverit. Quod vereor ut obtineri possit, an æquum sit. Illud rationis magis videtur quod tradunt, si quis satisdatione antea a se petita contumax, postea agens petat ab alio, ei præstari non debere. argum. *L.* 13. §. 11. *de damn. infect.* Rod. Suar. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinationib. princ. n.* 15. Ceterum et ubi res mobilis petitur, vulgo aliam insuper satisdationem de re non dissipanda vel alienanda requirunt, vid. Valasc. *d. Cons.* 66. *n.* 15.

(8) Quo de fuse Suar. *d. tit. princip. et* §. *ulterius quæritur* 1. Ayrer. *d. C.* 10. *Observ.* 3. Qui autem usumfructum solum habet, possessor hic non habetur, *d. L.* 15. §. 1. *in fin.* Etsi enim vendi possit, non tamen tanquam quid immobile, sed ut jus fundi, quod et pluribus modis amitti potest et facilius quam ipsæ res mobiles. A. Fab. *ibid.* Ayrer. *d. Obs.* 3. *n.* 50. Val. Guil. Forst. *Lib.* 2. *de Interpretat. jur. C.* 1. §. *objicio n.* 11. Jac. Schult. *Obs. forens.* 21. *n.* 37. Quanvis hoc concoquere non valeat Valas. *d. Consul.* 66. *n.* 23. *et seqq.* adeo ut *n.* 27. audenter censeat subtilitatem hanc jurisconsultorum illis relinquendam

eatur in *d. L. sciendum*. Ex his tamen qui immobilia possident, sunt qui præter repromissionem jurare cogantur se judicio sisturos, si modo verum est esse qui cogantur ju-

esse, *L.* 20. *de LL.* et idem *n.* 28. debere immo usumfructum excusare, si non sit modici temporis. Et Suar. *d. t. pr. n.* 27. satisdationem evitari, si ususfructus ita pinguis ut fugæ suspicio cesset, quod judicis sit arbitrari. Sed adi et audi Jac. Schult. *Obs. forens.* 23. *n.* 59. Sane cui annui reditus sunt, qui ex re immobili præstantur pro immobilium possessore vulgo hic habetur, modo in perpetuum vel tempus non modicum debeantur. Marr. Mantua. *Sing.* 49. Suarez *d. t. n.* 28. Valasc. *d. Cons.* 66. *n.* 30. Gail. 2. *Obs.* 10. *n.* 6. Myns. 1. *Obs.* 69. *n.* 3. *et* 4. *ac n.* 12. Harpr. *ad* §. 2. *Instit. de satisd. n.* 17. Ayrer. *d. Obs.* 3. *n.* 12. *et seqq.* licet aliquando in Curia Lipsiensi aliter judicatum, Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 5. *p.* 1. *n* 15. Et pro negociatore pluribus pugnat Jac. Schult. *Obser. forens.* 24. declarans tamen *ibid. n.* 50. nisi reditus illi magni momenti ut ex iis solis vivat, et cesset fugæ suscipio. arg notatorum *N. præced. sub. fin.* Feudales quoque res hanc excusationem præstare satis adstruit Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 28. *et seqq.* Sed et quod de creditore habetur *d. L* 15. §. 2. rationem habet 1.° quia jus pignoris solutione tolli potest, Ayrer. *d. Obser.* 3. *n.* 46. et fructus possessionis cedit commodo debitoris. Gœd. *de Sequestr. C.* 2. *n.* 7. sed id restringit Suar. *d. loc. n.* 26. 1.° nisi in pignore eo spes luitionis cesset; et Zanger. *d. C.* 21. *n.* 34. excipit, nisi tanti fundus pignoratus quanti valet. arg. *L.* 101. *pr.* vers. *si modo de leg.* 3. ac Ayrer. *d. Obser.* 3. *n.* 48. 2° nisi conveniatur solum super re pignorata. In fundo dotali pro possessore hic uterque conjugum, *d. L.* 16. §. 3. (ubi Cujac. 10. *Observ.* 32. pro *possessionem* substituit petitionem, sed male.) Idem in muliere, cui dotalitium in fundo, adstruit Zang. *d. Cap.* 21. *n.* 38. quia alia, ait, hujus ratio quam creditoris, qui fructus suos non facit, sed debito imputat. Mihi contra videtur, quia hoc jus valde affine usuifructui. Quin et rei litigiosæ possessio satisdatione relevat. Quod utique admittunt quoad caussam aliam, lite scilicet rei ab alio mota, Suar. *d. princ. n.* 20. Ayrer. *d. Obs.* 3. *n.* 9. etsi sententia contra possessorem dicta, modo ab ea appellaverit *d. L.* 15. §. 6. quia appellatio exstinguit judicatum, reducens omnia ad terminos litis contestatæ; Anton. Fab. *ibid.* Quid si appellatio deserta? Adhuc idem vult *Gl.* Sed reprobat post Bart. Suar. *d. pr. n.* 22. Quia *d.* §. *pen.* a contrario argumentum præbet si non appellatum sit, nec haberi pro possessore. Idem ergo lapsis fatalibus appellationis. Ad hæc, deserta appellatione, non cessat suspicio fugæ. Nec obstat quod quæstio dominii non potest ab alio quam domino referri. Ea enim ratione creditor quoque et fructuarius a satisdatione immunes essent. Et dato eo, sufficit quod absit fugæ suspicio. Quare et aliam mala fidei possessorem hoc onere non liberari statuit idem Suar. *n.* 23. et Ayrer. post alios *d. Obs* 3. *n.* 40. quia cum is sciat rem alienam esse, facile eam dimittet, nec cessat fugæ suspicio. Nec obstat *d.* §. *pen.* quia potest esse ut una sententia victus habeat bonam fidem et sententiam iniquam putet. Sed et si quis semel ante contumax, postea hanc satisdationem non evitat, vid. Jannin. *d. C.* 2. 162. Ayre. *d. Obs.* 3. *n.* 39. Quid autem si de ea ipsa re immobili lite pulsetur, aliam non possidens? Satisdatio injungitur ex communi opinione, teste Valasco *d. Cons.* 66. *n.* 8. Ayrer. *d. C.* 10. *Obs.* 3. *n.* 9. *et Obs.* 5. *n.* 1. cum qua transit. Jac. Schult. *Q. Pract.* 13 *n.* 2. Pro quibus facit *L.* 8. §. 1. *L.* 11. *Qui sat. cog.* contra tamen Accursius et alii. referente eod. Valasco et probante *d. loc. n.* 9. Verum Suarez *d. princ. n.* 31. post Aug. ita scite conciliat. Evitatur satisdatio si de ea re sola conveniatur, quia vix est ut credi debeat rem litis caussa deserturus, cujus utique traditione liberari potest. Quod si præter rem, accessiones ejusdem, fructus, etc. petantur, eæque tot unde fugæ suspicio probabilis, secus est. Nisi forte dubiæ fidei reus: quo casu non satis consultum esset actori. Licet enim res auferri nequeat, ea tamen male uti potest, Rob. 3. *Sent* 21. Cæterum *d. L.* 8. §. 1. vel de alia, quam judicio sisti, cautione accipi potest, vel de hac a volente præstita sponte Pac. 1. *Enant.* 68. Nunquid autem oportet bona immobilia rei de qua agitur, æstimationi respondeant? Ita volunt Accurs. *in d. L.* 15. et sequaces Anton. Fab. *ibid.* Valasc. *d. Consult.* 66. *n.* 6. Harprecht: *ad.* §. 2. *Instit. de satisdat. n.* 17. Jannin. *d. Cap.* 2. *n.* 157. Coler. *ad Cap.* 2. *et Cap. dilecti. Extr. de Except. n.* 16. per *L.* 234. §. 1. *de V. S.* Ut si in plus conveniatur, possessio prosit ad concurrentem usque æstimationem, satisdetur autem de eo in quo excedit. Reinhard. *inter Differ.* Zobel. 10 *Parte* 1. *n.* 6 arg. *L.* 76. *de R. V.* Attamen Suarez. *d. princip. n.* 17. hoc non esse necessarium, modo tanta sint unde præsumptio fugæ excludatur; quod judicis arbitrio tribuit. Immo contra, etsi litis æstimationi sufficiat, non relevare statuit. Quid enim, si pro exsecutione vendi debeant, et subhastationis aliisque sumptibus detractis, non satis supersit judicato faciendo? (Eadem forsan moderatio adhibenda, si possessor pretium rerum non exsolverit. ubi satisdationem remitti sæpius judicatum, referente Mollerio *ad Nov. Sax.* 5. *Part.* 1. *n.* 11.) Ibid. *n.* 19. Suarez satis esse putat, si cesset suspicio fugæ usque ad litis contestationem. Quia si postea fugerit, contra absentem ad sententiam usque procedi potest. Jure Saxonico satisdatione relevat possessio immobilium, quorum æstimatio accedit ad valorem unius Wergeldi, seu 24. sexagenarum

rare quanvis non satisdent, ut esse initio posui. Hi qui sint ambigitur; nam de eo nihil usque aperte cautum legimus. Et si a quibusdam exigitur juratoria cautio, ut exigi constat, nihil caussæ est cur non exigatur pariter (9) ab omnibus: nisi sit cui ju-

veterum aut 20. talerorum, Landr. *Lib.* 2. *Art.* 5 *et Art.* 22. *etc.* Coler *ad C.* 2. *et Cap. dilecti* 8. *Extr. de Excep.* *n.* 16. Moller. *ad d. Novell Elect.* 5. *n.* 9. Ex usu tamen quanta possessio necessaria. pro rei et personarum conditione judex dispicit; post alios noviss. Jac. Schult. *Obs. forens.* 20. Quid si res possessæ in alio loco sitæ? Pone: conventus loco contractus possidet in loco domicilii; distinguit Suarez *d. t. de Comperendinat.* §. *Ulterius quæritur* 1. *n.* 2. an in alio loco diversi territorii et jurisdictionis sitæ, an ejusdem cujus est locus judicii. Sed et in diverso territorio admittit, *n.* 6. si id tam vicinum seu propinquum, ut omnis fugæ suspicio cesset. Alii. cum possessio hæc loco fidejussionis succedat, non aliter extra locum judicii admittunt. quam quo casu fidejussor inde accipitur, ut *L.* 7. §. 1. *hoc tit.* vid. Ayrer. *d. Obsrevat.* 3. *n.* 34. *et* 3. *seqq.* Ex *Nov. Sax.* 5. *Parte* 1. liberat satisdatione possessio in ditionibus Electoris, licet non in eodem judicio. In Curiis autem Provincialibus, quorum ordinationibus dicta Constitutio nihil derogatum esse vult, obtinere ut satisdet, nisi in eodem foro possideat, notant Wesenb. *Par. h. t. n.* 11. *et* Zang. 2. *de Excep.* 21. *n.* 26. Sed Moller. *ad d. Const.* 5. *n.* 14. hic moderamen quoddam adhibere videtur. add. Jac. Schult. *Obs. forens.* 22. Possessio autem vel divitiæ patris non relevant filium, vid. Suarez *d. tit. pr. n.* 30. Ayrer. *d. Obs.* 30. *n.* 5. *et seq.* Procurator vero tunc immunis, quando si principalis ejus per se litigaret, satisdare non teneretur. Quod probe notandum Suarez, *d. tit.* §. *ulterius* 1. *n.* 3. Convenit *d. Nov. Sax.* 5. *P.* 1. ubi Moller. *n.* 4. Zang. *d. C.* 21. *n.* 57. Quid si adversarius neget possideri ab hoc immobilia. num satisdat donec is docuerit? Moller. 1. *Semestr.* 2. *n.* 1. et ad *d. Nov. Sax.* 5. *n.* 8. rejectam hanc exceptionem testatur, ubi calumniose et caussa remorandæ litis opponi apparuit, de quo summarie judex cognoscet. add. Jac. Schult. *Obs. forens.* 18. Confer Hippol. a Marsil. *Sing.* 686 Matth. de Afflict. *Decis.* 109. ibique Cæs. Ursill.

(9) Atque ita immobilium quoque possessores juratoriam cautionem præstare docet Cujac. 12. *Obs.* 22. *et in Nov.* 53. *p. mihi* 191. *per L. ult.* vers. ita videl. *C. de princip. agent. in reb. Lib.* 12. *t.* 22. Quæ hoc satis clare probat. Quod et olim *Gl.* Jas. et Fulgosio placuit. referente Wesenb. *Parat. h. t. n.* 11. *in fin.* Licet ipse contrariam receptiorem dicat, quam et Hortensius *ad* §. 2. *Instit. de satisdat.* et Rosbach. *Process. Tit.* 45. *n.* 14 probant Robert. 3. *Sent.* 21. nudam permissionem admittit. si reus honestior et satis locuples: juratoriam autem si mediæ conditionis. Et Harprecht. *ad d.* §. 2. *n.* 14. ad jurandum compelli, si ita judici ex justa caussa visum fuerit. Sed *d. L. ult.* non distinguit. Plane si contentus adversarius simplici repromissione, ea sufficiet, argum. *L.* 61. *de Verb. Sign.* Num autem præterea hic possessor bona sua omnia hypothecæ obligare debet? Ita volunt Bart. et Jas. referente Rosbach. *d. tit.* 45. *n.* 15. *per L.* 7. *ut L.* vel *fid. serv. C. L. ult.* §. 3. *C. de adm. tut. Nov.* 123. *C.* 21. §. *ult.* Et probat Zang. 2. *de Exc.* 21. *n.* 25. A. Fab. *ad d. L.* 15. *pr. et* §. *ult. h. tit.* Quia, ait, non ob aliam caussam remittitur satisdatio, quam quia satis cautum bonorum immobilium obligatione. Eamque rationem decidi putat *d. L.* 15. *ult.* quod venditio rei non obsit, quia nimirum res cum suo onere et caussa pignoris transeat. Denique idem firmat ex vocula *cautionis* in *d.* §. *ult.* Verum contra Angelus in *d. L.* 15. *n.* 7. (referente Rosbach. *d. loc.*) ut et Wes. in *Complem. ad.* Sueidvin. *tit. Instit. de satisdat. in fin.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 17. Quorum opinionem prævalere duco. Quia quæ vera ratio remittendæ satisdationis. ut *h. C. N.* 6. pignorationem non exigit. Ac in *d.* §. *ult.* cautionis nudum nomen simplicem promissionem denotat per not. *h. C. N.* 5. Sane in foro Saxonico hæc pignoratio minime usitata, Wesenbec. *Parat. h. t. n.* 11. Unde nec consensum judicis ejus loci ubi sita. impetrare oportet *Nov. Electo. Augusti* 5. *Parte* 1. ubi vid. Moller. *n.* 5. *et* 2. *seqq.* et Jac. Schult. *d. Obs.* 17. *n.* 12. *et seqq.* Cæterum et juratoriæ cautioni. (quæ et adjuratoria, *L. ult. in fin. C. de Castrens. et minister. L. ult. C. de Priac. agent. in reb.*) soli committuntur Magistratus conventi post depositam administrationem intra 50. dies. *L.* 1. *pr. C. ut om. jud. tam civil. quam mil.* Et personæ illustres, *L.* 1. *C. de dignitat.* ubi Cujac. Item memoriales in sacris scriniis militantes, eorumque parentes ac liberi, etsi non possideant immobilia, *L. in sacris* 12. *princ. C. de prox. sacro. scrin. Lib.* 12. *Tit.* 19. Non autem quivis nobiles, ut Bart. *ad d. L.* 17. quem Tiraq. *de Nobil. C.* 20. *n.* 189. refellit. Olim Præsides ipsos quoque satisdedisse probat mihi *L.* 16. *in fin. de off. Præs.* Denique ex cautionis penuria hic quoque onus satisdationis remittitur. argum. *L.* 6. *D. Si cui plus quam per L. Falc.* si nempe juret se non posse dare fidejussorem. *Nov.* 122. *Cap.* 2. *in fin. princ.* add. *Nov.* 134. *Cap.* 9. v. *si vero crimen.* De quo et qua forma hoc juramentum præstandum, aliisque hic requisitis consulantur Rod. Suarez. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinat. in pr. n.* 6. Gui. Pa. 189. et *ibid.* Rambaud. *in Addit. Wes. Par. h. t. n.* 10. Eberh. Spechk. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 13. A. Fab. *C. suo tit. de satisd. defin.* 9. Bender. *de Revisione Conclus.* 7. Ayrer. *Process. P*

sjurandum nominatim remittatur. Legimus autem in universum jusjurandum de calumnia remitti parentibus et patronis, *L. jusjurandum et ad pecunias*, §. *qui jusjurandum*, *D. de jurejur. L. licet. D. de obseq.* Quo exemplo et (10) iis id jusjurandum remitti recte dicemus, quod ideo exigitur, quod de fide et integritate parentis filius, patroni libertus dubitet, et postea de perjurio queri velit. Hi igitur cavent, non jurant; cæteri etiam jurant se judicio affuturos.

V. Ut cautio non est unius generis, quæ exigitur; sic nec satisdatio unius generis. Nam cum in omni satisdatione adhibeatur fidejussor; ab aliis fidejussor jubetur dari locuples; ab aliis qualiscunque datus sit accipi jubetur. De quo ita scriptum est in *L.* 1. et 2. *D. in jus voca. ut eant.* Edicto cavetur ut fidejussor judicio sistendi caussa datus, pro rei qualitate locuples detur; exceptis (11) necessariis personis, idest parente vel patrono; item patrona liberisve ejus vel uxore, nuru. Tunc enim qualiscunque fidejussor accipi jubetur; et in eum qui non accepit, cum sciret eam necessitudinem personarum, quinquaginta aureorum judicium competit. Exstat fragmentum edicti de supra scriptis personis in *L.* 2. §. *prætor*, *D. qui sat. cog.* Quo jure posito, hæc sunt quæsita: Quis fidejussor (12) idoneus judicio sistendi caussa?

1. *C.* 10. *Obser.* 7. Fuse Hering. *de Fidejuss. C.* 18. *n.* 87. *et seqq.* Ad eam vero non admittitur qui antea cautionem suam juratam deseruit. Cujac. *in Nov.* 53. *pag. mihi* 192. Cæsar Contard. *in L. Diffamari C.* 4. *n.* 25. Joan. Monach. *Pract. P.* 5. §. 3. *n.* 6. *et* 7. Ayrer. *d. Obs.* 8. *n.* 5. *et seqq.* Hering. *d. loc. n.* 114. *et seq.* ut nec qui, ob perversos mores et vitæ levitatem, fidejussorem reperire nequit, Suar. *d. n.* 6. post plures citatos Hering. *d. loc. n.* 109. aut alias de fuga suspectus. Is enim arresti nexu constringendus. vid. Wesenb. *d. n.* 10. Harprecht. *ad* §. 2. *Instit. de satisd. n.* 10. Confer Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 11. *n* 94. *et seqq.* Myns. 2 *Obs.* 11. vel res de quibus lis sequestrandæ. *L.* 7. §. *ult. h. tit.* Quis hic de fuga suspectus judicis arbitrari est, vid. Menoch. *Arb. Casu* 87. Gœd. *de Sequest. C.* 3. *n.* 20. Num huic cautioni locus in criminalibus, tractant itidem auctores citati, unde pete.

(10) Turpe enim his diffidere, nec credere nisi juratis. Clericos quoque suæ promissioni committi, sed cum hypotheca bonorum docet Harpr. *ad* §. 2. *Instit. de satisd. n.* 15. *per L.* 25. §. 1. (ubi vetatur cautioni inseri jusjurandum) *L.* 33. §. 3. *C. de Episc. et Cler. Nov.* 123. *C.* 21. §. *ult.* In duo errat Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 48. ab his repromissionem juratoriam exigi docens; quod *d. L.* 21. *d. Nov.* 123. *Cap.* 21. directo negant. Episcopi vero pro nullis caussis cautionem ullam præstant. *d. Nov* 123. *C.* 22. *in fin.* Argentarii denique, ex *Justin. edicto* 7. *C.* 5. sufficit factum promissum.

(11) Quod honoris caussa eis tributum, de quibus sinistre suspicari non convenit. Coras. 4. *Misc.* 10. *n.* 3. Ant. Fab. *ad d. L.* 1. *In jus voc. ut eant.* Hering. *de Fidejuss. C.* 8. *n.* 90. Nec audiendi DD. vulgo, qui in *dd. LL.* intelligunt conjunctionem inter satisdantem et fidejussorem; quasi fidejussor alias minus idoneus pro conjuncto admittatur, quia jus pro certo habeat, quod conjunctus non deseret propinquum suum, ideoque sese judicio sistet post alios Suarez. *in L.* 2. *for: tit. de Comperendinat.* §. *nunc opportune* 3. *n.* 7. Quod scite refellit Coraf 4. *Misc.* 10. et Hering. *d. C.* 8. *n.* 91. *et seqq.* qui Corafium ab impetitione Costalii tuetur. Fac. *Nov.* 115. *C.* 3. §. 8. Qualiscunque autem accipitur quantum ad facultates, *d. L.* 2. §. 4. *Qui satisd. cog.* Non enim accipietur furiosus, pupillus, miles, minor, mulier aliusve qui aut ex fidejussione plane non obligatur aut sine effectu exceptione vel jure speciali tutus, Hering. *d. C.* 8. *n.* 95. et Ant. Fab. *ad d.* §. 4. Etsi enim quoquo modo cavere sufficit, non tamen nihil cavere, Hering. *d. loc.* Ad hæc ex paupere dives fieri, idque bono omnino sperari potest. Inhabilitas autem personæ non deficit. Anton. Fab. *d. loc.*

(12) Æstimatur hic *d. L.* 2. *pr* 1.° ex facultatibus. Quare filiusfamilias pro alio quam pro patre non facile audietur, arg. *L.* 2. §. 3. *h tit.* ubi Ant. Fab. add. Bover. *Sing.* 11. *n.* 2. Etsi vero quidam pauperiorem quoque idoneum censuerint si spectatæ vir fidei, referente Caroco *de juram. lit. decis. Q.* 1. *Quæst* 13. *principalis n.* 16. Contra tamen alii, ut Caroc. *ibid. n.* 17. Hering. *de Fidejuss. C.* 8. *n.* 59. Ad quid enim hic prodesset fidejussor qui fallente reo satisfacere inopia non possit, scite Hering. *d. n.* 59. *et seqq.* Ad hæc, si moreretur, fortassis heres ipsi in obligatione succedens non erit talis. Caroc. *d. loc.* Requirunt autem vulgo, ut immobilia possideat fidejussor, quorum valor, ut minimum summæ petitæ reive æstimationi æqualis sit. Et quidem Rod. Suar. *d. tit. de Comperendin. n.* 2. *et n.* 4. prius istud probat, quia fidejussor accipitur ut diligentius cautum sit, nisi, ait *n.* 4. alius reperiri nequeat, ubi et mobilium possessor accipietur. Æquivalentiam autem ad rem petitam non requirit, ibid. *n.* 6. modo bona tanti sint, ut suspicio fugæ cesset. Sed de hoc requisito facultatum plenius et belle Hering. *de Fidejuss. C.* 8. *n.* 52. *et seqq.* 2.° Ex conveniendi facilitate. Non igitur mulier, miles vel minor. *L.* 8. §. 1. *hoc tit.* Wesenb. *Par. h. t. n.* 7. Harpr. *ad d.* §. 2. *Instit. de satisd. n.* 6. Non qui ex alia civitate ut *seq. N.* 14. nec qui ex eadem forte, sed cui privilegium ali-

de quo in *L.* 2. *qui satisd. cog.* Quid agendum, si dubitetur an sit idoneus judicio sistendi caussa? de quo in *L. arbitro. eod.* Quid si actor fidejussorem evidenter locupletem (13) non acceperit? de quo in *L.* 5. §. 1. *eod.* Quid si reus fidejussorem non possit in eo (14) loco dare ubi convenitur? de quo in *L. si fidejussor*, §. 1. *eod.* et alia nonnulla

quod fori, nisi ei renunciet, *L.* 1. *si quis in jus voc. non ier. L.* 7. *pr. h. t.* ut Clericus studiosus etc. Harpr. *d. loc. n.* 7. Non homo levis et probri plenus, vid. Hering. *d. C.* 8. *n.* 125. *et seqq.* litigiosus et rixosus; a quo suum consequi difficile, A. Fab. *ad d. L.* 2. §. 1. Harpr. *d. n.* 7. Quin et Pragmaticos qui in foro versantur, Curiæ Adsessores, Advocatos, Procuratores sunt qui hinc arceant, vid. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte* 5. §. 5. *n.* 3. Hering. *d. C.* 8. *sub fin.* Qui ibid. *n.* 129. *et seqq.* inquirit quid in iis qui ob potentiam pariter et severitatem aliis formidabiles, itemque *n.* 136. *et seqq.* num Judex et Magistratus loci idoneus etc.

(13) Ubi utrique injuriarum actio. Nam animus injuriandi ex re ipsa colligitur, cum inde repudiati fidejussoris existimatio suggilletur. A Fab. *ibid.* vid. Harpr. *ad* §. 1. *Instit. de injur. n.* 2. *et seqq.*

(14) Regula: Fidejussor eidem jurisdictioni suppositus sit, *L.* 1. *si quis in jus voc. non ier.* nec detur ex alia civitate, licet ejusdem Provinciæ, *L.* 7. §. 1. *hoc titulo* vid. Suarez. *in L.* 2. *fori titulo de Comperendinat.* §. *Ulterius*, 1. *n.* 11. *et seqq.* Matth. de Afflict. *Decis.* 137. Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin.* §. 5. *n.* 5. Hering. *de Fidejuss. C.* 8. *n.* 100. *et C.* 14. passim. Ratio non quod injuria alias fieret judici litis, qui non posset jurisdictione sua cogere ad standum promissis, ut Ant. Fab. *ad d. L.* 1. *Si quis in jus.* Neque enim multum hujus interest; sed quia alias deterior fieret conditio creditoris, si debitore cujus copiam habet dimisso, difficultati alio loco suum ex fidejussore extorquendi se illigare teneretur, ut belle in simili Moller. 2. *Semestr.* 14. *n.* 15. et convenit ipse Faber. *Codice suo tit. de satisd. defin.* 11. Quod si tamen fidejussorem reperire nequeat reus in loco judicii quia forte ignotior, si necessaria satisdatio fuerit, audiatur si in alia ejusdem Provinciæ civitate satisdare paratus, *d. L.* 7. §. 1. De quo juramento Rei fidem haberi vult Suar. *d. loc.* vid. Hering. *d. C.* 14. Quæ autem ibi dicatur necessaria, quæ item voluntaria satisdatio, multum nostri variant. Suarez *d. loc. n.* 18. illam exponit ad quam lege quis adstringitur, licet caussa sit voluntaria: hanc ad quam ex conventione sua, cum evitari posset; et Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *in Practica pag.* 62. *per L.* 10. *rat. rem hab.* Cujac. 22. *Obser.* 26. illam quæ ex edicto Prætoris, ne vocatus invitus trahatur: hanc conventionalem, quæ diem certum ex conventione recipiat, in quem sisti oporteat etc. Ant. Fab. *ad d. L.* 7. §. 1. illam quæ ex edicto præstatur, etsi necessitas non præcisa sed caussativa: hanc quæ ultro ab iis præstatur, quos juratoriæ aut nudæ promissioni Prætor committit. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 14. *num.* 25. *et seq.* necessariæ species refert, præter judicio sisti, usufructuariam, rem pupilli salvam fore, expensarum etc. (ac sane priores referuntur, in *L.* 7. §. 4. *h. tit.*); voluntariæ exemplum ponit in cautione de rato. Sed Henric. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 17. nullam cautionem judicio sisti necessariam esse, cum vitari possit si fiat quod jure fieri debet id est, si in jus vocatus eat: esse hoc remedium potius satisdationis, quam quod necessario injungatur. Quibus tamen non nimis operosum occurrere; quod enim juris necessitate fit et præstatur, utique vere necessarium; nam et urgeri quis dicitur, etsi non absoluta necessitas. *L.* 8. §. 5. *de Cond. inst.* (Neque saltem ex Justiniani mente, ut *h. C. n.* 3. liberatur hac necessitate qui in jus venerit, quia caveri oportet de persistendo in lite donec terminetur, ut *d. n.* 3. Postremo hic notandum satisdationem hanc, si leges jurisque rationem sectamur, datis solum fidejussoribus expediri, non autem pignoribus, per *L.* 1. *h. t. L.* 7. *de præt. stip. L.* 4. §. 8. *de fid. lib. L.* 1. §. 9. *de collat. bon. Nov.* 53. *C.* 2. *et C.* 3. §. 2. verbis *sola personali fidejussione*, et *Nov.* 113. *C.* 2. vid. Don. *ad L.* 5. §. 2. *de V. O. n.* 3. Pac. 1. *Enant. Q.* 64. A. F. *ad d. L.* 1. Gœd. *ad L.* 61. *de V. S. n.* 2. *et* 3. Suarez. *d. tit. de Comperendinat. Pr. n.* 9. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 10. *n.* 5. *et seqq.* Hæc enim forma satisdationis quam impleri oportet, ac nec in melius quidem mutari potest, Suar. *d. loc.* Bronch. 1. *Ass.* 25. Nec invito aliud solvi potest, Gœd. *d. n.* 3. etsi melior conditio afferatur, Ayrer. *d. loc. n.* 6. Nec semper plus cautionis in pignoribus, quia interire possunt, eorumque custodia molesta et periculosa. Donell. *d. loc.* et Ayrer. *n.* 7. Ad hæc securior, qui habet duos debitores. Nam pignorum datio novum debitorem parere nequit. Fidejussoria autem cautio obligationem pignorum gignere potest, cum bona pignori capiantur in exsecutione judicati, Anton. Fab. *ad d. L.* 1. Denique facilius fidejussor conveniri potest, quam pignus distrahi. Ad distractionem pignoris longiore circuitu pervenitur, quam ad solutionem a fidejussore faciendam, Philipp. Matth. *ad L.* 25. *de Regulis Jur. n.* 7. *et* 8. Diss. DD. vulgo et Wesenbec. *Par. h. t. n.* 7. Menoch. *Arb. Cas.* 142. (qui tamen judicis arbitrio tribuit, quando per pignora vel fidejussores idonee caveatur) Zanger. 2. *de Exc.* 21. *n.* 17. Rosbach. *Process. Tit.* 45. *n.* 10. Quorum opinio admitti certis casibus potest: 1.° Quando actor pignoribus contentus, per *d. L.* 61. *de V. S.* ubi Gœd. *L. ult.* § 3. *Quod legat.* 2.° Quando fidejussores reperiri nequeunt,

in quibus consumitur Titulus *Qui satisdare cogantur.*

VI. Eventus stipulationis hic est, ut si reus non stiterit, teneatur in id quod interest, *L. ult. si quis in jus voc. non eat.* quod veritatem continet, inquit Ulpianus, non autem quantitatem, *L. 2. §. ult. qui sat.cog.* idest, ut ibidem interpretari videtur, veram quantitatem, quanta debetur, quod pro varietate (15) actionum et petitionum distinguitur: non autem certam quantitatem, quæ velut pœna injungatur desertoribus: nisi tamen (16) certa quantitas pœnæ nomine promissa sit. Et eodem modo fidejussores tenentur, *d. L. 1. §. ult.* Hæc tamen ita, nisi reus necessaria aliqua de caussa et cui parere haberet necesse (17) prohibitus sit quominus sisteret, quod illius Tituli argumentum

Suar. *d. loc. n.* 9. arg. *not. h. C. N.* 9. vers. *Denique.* Eademque in foro Saxoniæ recepta in quo reus plane non cavet, ut *h. C. N.* 23. actor ita, si immobilia non possideat, valorem Werigeldi unius, id est 24. Sexagenas antiquas, 24. *alte Schoeth* excedentia, depositione tantæ pecuniæ, vel ejus nomine fidejussoribus aut pignoribus recte cavet, vid. Jacob. Schult. *Observ. forens.* 20. Fidejussio hic requisita a Statuto, quando præstanda etiam parte non petente, ut ea non præstita, nullitas oriatur, vid. Joan. Petr. Surd. *Decis.* 57. In criminalibus, maxime capitalibus, num huic cautioni locus, non omnino est hujus loci. Nam de civilibus agimus, vid. Coler. *de Process. exsec. P. 2. C.* 5. *n.* 51. *et seqq.* Hering. *de Fidejuss. C.* 20. §. 9. Bronch. 4. *Assert.* 58. Menoch. *Arb. Cas.* 303. Maranta *P. 6. Tit. de satisd. n.* 4. *et seqq.* Harpr. *ad* §. 2. *Inst. de satisd. n.* 26. *et seqq.* Num si semel reum criminis sistat fidejussor, et si aufugit, denuo sistere teneatur, Moller. 2. *Semestr.* 2. Hering. *d. C.* 20. *n.* 81. *et seqq.* qui negat.

(15) Nam si certæ quantitatis actio, ex. gr. ad 100. certi condictio: ex cautione commissa in 100. Sin incerti actio, tenetur incerti ex stipulatu, in id quod interest, Cujac. 10. *Obs.* 10, vel potius ad id quod interest, et ita incerti agendo quoties pœna certa non adjecta, ut Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *p.* 54. Coler. *P.* 2. *C.* 3. *n.* 48. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad Fab. Tr.* 4. *Q.* 6. Istud autem interesse æstimatur secundum modum actionis intentatæ, contra eum qui se non sistit, quanti nempe is condemnari potuit, per *d. L.* 2. §. *ult. L.* 3. *Qui sat. cogant.* Nam quod Zobel. *Addit. Art.* 9. *lib.* 3. *jur. Sax. lit. A.* et Reinh. *inter. diff.* Zobel. 26. *P.* 4. *n.* 9. discrimen statuit juris Saxonici quo fidejussor justa modum actionis teneatur, et civilis quo tantum ad interesse non factæ præsentationis a Colero *d. C.* 3. *n.* 49. *et seq.* refellitur. Et æstimatio ejus refertur ad tempus quo sisti debuit, non ad id quo agitur, *L.* 12. §. 1. *Si quis caut.* vid. Pac. 1. *Enant.* 81. Veram autem quantitatem dici, *d. L.* 2. §. *ult. Qui satis. cog.* vult A. Fab. *ibid.* ut excludatur actio calumniatoris, et spectetur, quid actoris vere intersit, non quid petierit. Plane Gnibald. *Lib.* 1. *de Rat. stud. C.* 16. pro *veritatem.* in *d.* §. *ult.* reponit *utilitatem*, ut ita id quod interest a vera quantitate discernatur. Quæ correctio minus necessaria. Quærit Coler. *d. P.* 2. *C.* 3. *n.* 45. an parata exsecutio contra hunc fidejussorem extendatur; quod negat *n.* 47. *et seqq.*

(16) Ni pluris quam statutum est per ignorantiam promissum, *L.* 4. §. *ult. Si quis caut.* Modum statutum putat Cujac. 10. *Obs.* 10. ut si actio ex. gr. in 100. pœna non excedat 200; si actio incerti, modus imponatur arbitrio Prætoris. Sed vid. A. Fab. *ibid.* Nec si plus intersit quam pœna sit, fidejussor nisi ad hanc tenetur. Afflict. *Decis.* 234. Pœna hac a fidejussore præstita liberari reum actione principali contendit Gaspar Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* A. Fab. *Tr.* 4. *Q.* 5. quod nunc non excutio. Quæ pœna juratoriam cautionem deserentis, vid. *L. pen. C. de dignit.* ubi Cujac. *Novel.* 53. *C.* 4.

(17) Ubi plura impedimenta percensetur, quæ a contumaria excusant. De quo et quomodo hæc impedimenta probanda. vid. Gui. Papæ *Q.* 64. et Annotatores ad eum. Valasc. *Tomo* 1. *Cons.* 66. *n.* 13. Pacia. 2. *de Probat.* 47. Menoch. *Arb. C.* 118. Contard. *in L. Diffamari C.* 4. *n.* 116. *et multis seqq.* Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 6. Quodque hic impedimentum justum non modo morbus proprius, sed et uxoris ac liberorum, scite Jan. Langlæ. 1. *Semestr.* 2. *pag.* 18. *et seq.* Expedit vero hoc casu excusationem absentiæ ad judicem mitti, vid. Valas. *d. Cons.* 66. *n.* 12. *et* 14. Jo. Ausbach. *Sing. alleg. Lib.* 1. *C.* 35. *et* not. *supra Lib.* 18. *C.* 9. *N.* 6. Justa quoque excusatio timor minarum reo insinuatarum. Unde responsum refert Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 58. ex hac caussa non sistente reo, pœnam conventam præmature a fidejussore exigi, cum prius reo fide publica de immunitate carceris caveri debeat. Non autem excusat impedimentum quod ipse affectavit, et cui ipse caussam præstitit. *L.* 2. §. *ult. Si quis caut.* dolo scilicet malo, et ob hoc ipsum ne sistere posset. Secus si nihil imputari posset cur se non sistat, licet impedimentum ex delicto proficiscatur, *L.* 4. *pr. h. t.* Ant. Fab. *ibid.* Privati quoque detentio exceptionem non præstat, *d.* §. *ult.* vel quia potest ei imputari cur non imploraverit Magistratum, vel quia injuria uni facta non debet alterum contingere, *L.* 67. *de fidej.* A. Fab. *ibid.* Ex caussa vero morbi sontici jubet Lex. 12. tab. diem judicii esse diffisum *d. L.* 2. §. 3. ut habet Florentina lectio, id est dilatum. Diffindere enim est interrumpere, infringere. illud tempus demere numero dierum quibus sisti opor-

est. *Si quis cautio. judicio sistendi causs. fact. non obtemperav.*

VII. Atque hoc loco de usu et forma veterum loquendi in hac re commodum esse videtur nonnihil dicere, ne quod de ea dicunt, ignoratione verborum nos fallat, et ut quam jam olim hoc cautionis et satisdationis genus in usu fuerit intelligatur, sitque quod ab illorum scriptis ad usum nostrum transferamus. Monendi ergo sumus hæc illis verba in hac re fuisse usitata; quæ non temere occurrunt in Pandectis, cum tamen res eadem sit quam nunc dicimus. Nam qui hac promissione se obstringebat reus, dicebatur vadari verbo communi sub significatione passiva, id est obstringi, ut interpretatur Fulgentius in *lib. de prisco sermone;* quod verbum dictum est a vadendo, quia reus hac promissione caveret fore ut vaderet, id est iret ad judicium et, ut nos loquimur, judicio se sisteret. Cautionem ipsam vadimonium appellabant, quasi dicas promissionem de vadendo interpositam. Unde qui vadabatur, idem et vadimonium promittere dicebatur. Cui autem promittebatur dicebatur vadimonium accipere. Idem et vadari active. Horat. sat. 9.

... *Et casu tunc respondere* (18) *vadato Debebat* .....

de reo loquitur qui debebat respondere actori vadato, idest qui vadimonium acceperat. Inde et fidejussores eo nomine dati vades. Reus cum statutu die veniebat in jus, et ut nostri loquuntur, cum obtemperabat cautioni judicio sistendi caussa factæ, dicebatur obire vadimonium, quasi dicas ire ob vadimonium; cum autem non parebat cautioni, dicebatur deserere vadimonium: pro quo Ulpianus dixit deserere promissionem judicio sistendi caussa factam: est in *L.* 4. *§. quæsitum*, *D. qui sat. cog.* Unde Paulo pœna desertionis pœna deserti vadimònii in *L.* 5. *§.* 1. *D. eod.* Quæ omnia cum apud Ciceronem aliis iu locis frequenter, tum in Quintiana passim occurrunt. Testimonia alia si quis desiderabit et habere volet, Budæus suppeditabit in annotatiunibus ad Pandectas.

VIII. Est igitur, ut proposui, hæc conditio delata reo, ut aut caveat aut in jus eat; ut si cavebit se judiciu stiturum, non cogatur in jus venire ante constitutum diem. Sed et si cavet, hoc consequitur ne veniat: ita si

tet; unde dilatio infertur. Cujac. 12. *Obs.* 18. vid. et Ræv. *ad L.* 12. *tab.* 5. Pollet. 4. *Hist. fori* 15. Suer. *Repetit. Lect. C.* 30. Politian. *Misc. C.* 41. repudians vulgarem lectionem *diffusum.* Quæ tamen placet Brodæo 10. *Misc.* 6. qui exponit in posterum rejectum. Morte rei ut liberetur fidejussor, vid. *L.* 4. *Qui sat. cog. L. sancimus.* 26. *§. sin autem et secundum. C. de fidej.* Coler. *d. C.* 3. *n.* 62. *et seq.* Liberari quoque fidejussorem docet Hipp. de Marsil. *de Fidej. n.* 110. si reus postea mutet conditionem vel fiat alterius fori . ex. gr. clericus. Quid si semel exhibitus deserat judicium? Dist. an simpliciter fidejusserit, an in totam caussam aut in finem litis, vid. Old. *Cl.* 1. *Act.* 8. *Q.* 8. *et in tabula actionum pag.* 1151. Et quod non teneatur fidejussor post sententiam, tractat Roder. Suar. *in L.* 2. *fori tit. de Comperendinat. §. sed pone quæstionem* 4. *n.* 27. *per L.* 8. *§.* 3. *de fidejuss. L.* 1. *Si ex noxali, Cap. ag.* quia in judicio sisti non continetur judicatum solvi, licet hæc in illa sic. Et quia judicium finitur per sententiam, utique et hæc cautio, nisi ad certum tempus fidejussit, et id nondum elapsum. *per d. L.* 26. *C. de fidej.* Quare nec in appellationis instantia hanc perseverare docet idem *d. loc. n.* 29. arg. *L.* 20. *D. Judic. solvi.* Sed hanc opinionem communem quidem esse, ast in foro nostro Saxoniæ non servari, scribit Moller. 2. *Semestr.* 2. *n.* 4. Plane sine scriptis et adjectione dici accepti fidejussores ex constitutione Justiniani, *L. pen. C. de fidej.* non tenentur ultra duos menses. Quia nec in longius tempus se obligare voluisse præsumitur qui ex scripto fidem suam adstringere noluit. Cujac. *de div. temp. præs. C.* 13. *et* 19. *Obs.* 34. Ubi et *præced. L.* 26. constitutum docet, ut post commissam pœnam fidejussor, intra sex menses exhibito reo, moram purgare pœnamque effugere queat. In quod accuratius inquirere non vacat. Ordinis autem beneficio hunc fidejussorem non juvari censet Gœd. *de Contr. stip. C.* 9. *n.* 98. ne elusoria fiant judicia. Nam qui semel contemsit Magistratum reus, nec judicio stetit, deinceps quoque contumax futurus præsumitur.

(18) Lambin. *ad Horat. d Sat.* 9. Vades, ait, qui periculo suo promittunt aliquem vadimonium obiturum, ut si non obeat, vas litis æstimationem subeat, add. Auson. Potman. *Lib.* 4. *de Diff. verb. pag.* 217. *et seq.* Jac. Nic. 9. *Misc. epiphyll.* 1. *P.* 5. *Thesauri Critici* Gruteri. Hot. *ad §.* 15. *Inst. de act. et ad L.* 13. *§.* 1. *C. de jud.* Gov. 1. *Var. Lect.* 40. Baro. *in L.* 7. *§. ult. de minor.* Cujac. *ibid.* (qui tractant quid eremodicium desertum a vadimonio deserto differat) Ræv. *Protribun. C.* 9. (qui duplex vadimonium statuit) et ad *LL.* 12. *Tab. C.* 5. Obr. *de Concip. libell. C.* 8. *n.* 3. *et* 4. Hering. *de Fidej. C.* 3. *n.* 42. *et seqq.* De vadimonio deserto apud Athenienses Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. Judæ. Græc. etc. C.* 9. *n.* 34. *et seqq.*

(19) Recte. Sed variat hic Donellus a seipso, qui *supra C.* 2. (vid. ibi *n.* 6) jam olim exolevisse morem illum ducendi scribit.

conditione non utitur, ita jus est ut sine cunctatione jubeatur ire. Quam ob caussam jus est actori privato reum in jus ducere et trahere (19) invitum, si is extra domum conspiciatur. Nam eum qui est domi suæ non licet de (20) domo sua in jus vocare, idest extrahere et ducere *L. plerique*, et *L. seq. D. de in jus vocan.* Quod cum multis et variis testimoniis cum aliorum actorum, tum nostrorum dilucide expediverit Franciscus Duarenus *lib. 1. disp. cap. 1.* actum non agam. Tantum illa quæ inde nata jus illud secuta sunt in edicto prætoris, ostendam. Ex quibus etiam quid antecesserit facile intelligetur. Ergo quia prætor eum qui vocatus non cavebat, permittebat in jus duci; consequens fuit ut eum cui hanc potestatem faciebat tueretur; inde edixit ne quis eum qui in jus vocatus est, (21) vi eximeret. Tit. *ne quis eum qui in jus voc. est vi exi.* Non eximitur, nisi qui aufertur ei cujus in manu et potestate est. Nec vis est, nisi quæ ducenti et retinenti infertur. Nam reo utique non infertur qui volens discedit.

IX. Rursum, cum duci invitum in jus nonnihil haberet dedecoris et infamiæ, argueretque contemptum ejus qui duceret; ea res caussam dedit ei parti edicti quæ est de in jus vocando, quæ sub eo titulo in Pandectis explicatur; qua parte prætor quosdam accepit ex quibus alios in totum vetuit in jus vocari, ut magistratus qui imperium babent, item eos qui necessaria aliqua de caussa et Reipublicæ utili impedirentur ne venirent; qui omnes singulatim enumerantur in *L. 2. 3.* et *4.* in pr. *D. de in jus voc.* alios prohibuit in jus sine permissu suo; quo in numero parentem, patronum, liberos parentesque patroni patronæve prætor exeepit: de quibus exstat fragmentum edicti in *L. 4. D. eod.* adde hæredes patroni, patronæ quanvis extraneos, ex *L. 2. C. eod.* Patroni etiam uxor excepta. *L. 1. C. eod.* sed ex sententia edicti, quia dum prohibetur patronus in jus vocari, prohibetur ne ei fiat bæc injuria: patitur autem quis injuriam etiam per uxorem. *§. patitur, Inst. de injur.* Quod cur prætor in his constituerit potius quam in cæteris, caussæ nihil erat, nisi in vocatione inesset aliquid quod in persona

(20) *L. nemo* 103. *de R. J.* Quintil. *Lib. C.* 9. legem Romanorum fuisse: Ex domo in jus educere non licet. Et ut *d. L.* 18. domus tutissimum refugium dicitur, ita Cic. *pro domo* nihil ea sanctius, nihil omni genere munitius. Xenop. *Lib.* 7. οὐδὲ ὁσιώτερον χωρίον ἐν ἀνθρώποις οὐδὲ ἥδιον, οὐδὲ δεκτιώτερον ἔχειν, οὐδὲν οἴκου ἰδίου vid. P. Fab. *ad d. L.* 103. Cujac. 7. *Ob.* 15. *et* 16. *et* 1. *Pauli ad edict. in L.* 19. *et* 21. *de in jus voc.* Balduin. *in not. ad d. L.* 18. Ræv. *Protrib. C.* 3. Vult. *Disc. schol.* 1. *pag.* 22. A. Fab. *C. suo de in jus voc. defin.* 9. Wes. *Cons.* 43. *n.* 56. Myns. 4. *Obs* 69. Sig. Seacc. 1. *de Judic.* 46. *n.* 8. *et* 9. fuse Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 56. Etsi vero plerique ad tractionem violentam, quam nunc citationem realem usurpant, hoc jus accommodent. Quomodo et P. Nann. 10. *Misc.* 1. vocare *in d L.* 18. non esse citare ac denunciare, ut ad litem suscipiendam adsis, sed invitum duci. (Ut tamen non tantum ab actore vel adversario, sed nec a lictore domo extrahi potuerit. vid. Ræv. *d. C.* 3. licet Cujac. 7. *Obs.* 16. ab executore, maxime publici debiti caussa, recte extrahi scribat.

(21) Non male tamen Azo *in summa C. de in jus voc. n.* 2. qui ad se aditum ex domo non præstaret. inde nec verbo vocari posse censet. Idque probatur *d. L.* 19. *et L.* 21. ubi vocula *interdum* opinor se refert ad eum qui aditum ad se præstat. Et ex *L. qui in domum* 13. *de inju.* Unde Damh. *Praxi civ. C.* 59. *n.* 10. non licere domum ingredi citandi caussa, nec in caussa civili. sed ante fores fieri denuntiationem debere. Nam et quod domus tutissimum receptaculum *d. L.* 18. eo quoque pertinet, ne occulta familiæ, solisque Diis Penatibus adspicienda, curiosis pateant oculis invidorum, Jo. Passerat. *in Lib.* 1. Cic. *d. LL. initio.* Domum autem accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium, arg. *L.* 5. §. 2. *de injur.* Idem ergo jus domus alienæ conductæ, aut in qua degit ut inquilinus, P. Fab. et Hip. a Collib. *ad d. L.* 103. ac Phil. Matt *n.* 8. Myns. *d. Obs.* 63. *n.* 3. Gail. 1. *Obs.* 48. *n.* 14. Quin et in navi idem statuit Benvenut. Straccha *de Mercatorib. Tit. de Navib. Part.* 1. *n.* 5. Et in diversorio Conrad. Hereshach. *Epitome Christianæ Jurisprudent. Edicto X. Præcepti pag.* 302. quod et hoc tutum hospiti receptum, et hospitii jure securitatem præbeat. Unde Jupiter Xenius quasi hospitii præses. Plura huc facientia pete ex Speckan. *d. Q.* 56. ubi variis modis extendit ac restringit; ibidemque tractat num idem jus ædis sacræ. Monasterii, Palatii Episcopi. statuæ Principis. Scholarum, etc ut nempe qui eo confugerunt. inviti non abducantur, add. Scaccia *d. C.* 46. *n.* 4. *et seqq.* Sane aliam citationem. verbo vel per litteras, in æde sacra recte expediri etiam a sæculari vult Bover. *Sing.* 9. *n.* 32. add. Asin. *Praxi* §. 6. *C.* 1. *n.* 6. Goth. *in L.* 6. §. 3. *C. de his qui ad Eccles.* Incivile tamen esse, si quis inde vocetur, notat P. Gilken. *ad L.* 2. *n.* 12. *C. de SS. Eccles.* adde *Edict. Justin.* 13. *C.* 10. §. *ult.* et vid. Mudæ. *ad* §. *pœnales* 12. *Instit. de act. n.* 29. *et seqq.* Virgil. Pingitz. *Q.* 54. *et supra Lib.* 15. *C.* 27. *lit. C. D. ibique not.*

magistratuum esset contra ipsorum dignitatem: in persona eorum qui aliquo officio et opera detinerentur, esset quod illos ab ea re abduceret: in persona autem parentis et patroni esset aliquid turpe et contra reverentiam istis personis debitam. Id autem est in his omnibus, si ducantur in jus. Duci ergo potuit jure Romano qui in jus vocatus non caveret, præter eos quos modo dixi edicto prætoris exceptos. In quibus cum prætor simpliciter parentes nominet, tamen sciendum est id de parentibus accipiendum esse, qui vocentur a liberis quos in potestate non habent, *L. ult. C. eod.* Nam qui sunt in potestate, his cum patre nulla lis, nullum judicium esse potest, ne permissu quidem prætoris, nisi de castrensi peculio, *L. lis nulla, D. de jud.* quod non est hujus loci ut explicetur.

X. Sed videbitur alicui hæc ductio in jus, de qua loquimur, aut iniqua esse aut supervacua, etiam si maxime quis cautionem judicio sisti exigendam a reo ante putaverit. Quid enim agitur, vel potius quid agebatur olim apud prætorem, cum ad eum in jus ventum erat? an eo veniebatur ut cogeretur reus litem statim contestari, et judicium accipere? at hoc iniquum, et contra edictum prætoris quod jubet ita edi actionem, ut scire possit reus utrum cedere an contendere debeat: an ut tantum apud prætorem actio ederetur? at fuit supervacuum in jus ducere reum, eique tantum negotii exhibere ejus rei gratia quæ etiam extra jus transigi poterat. Quid ergo est? Et Justinianus in *Novella* 53. *§. sed et illud.* indicat invitum reum non alio consilio ad judicem duci solitum, quam ut compelleretur litem apud judicem contestari. Neque in eo queri debuit reus sibi injuriam fieri, quod imparatus et omnium ignarus id facere cogeretur. Imputare enim sibi debuit quod cum posset, non caverit. Quod si dixerimus non debuisse ei denegari dilationem ad deliberandum, dummodo cavere paratus esset apud prætorem, quod alias potuit; fortasse non erraverimus. Est enim hoc humanius. Neque ideo ductio inutilis: utpote per quam actor alterutrum consequebatur, aut ut caveret reus judicio se stiturum, si diem ad deliberandum impetrare vellet, aut ut litem contestaretur.

XI. Hoc jure breviter exposito de necessitate in jus veniendi cum sit vocatus, non abs re jam extremo loco quæri potest quid his rebus opus fuerit, non dico ductione, sed omnino ullis cautionibus judicio sistendi caussa adversum eum qui vocatus nollet venire. Ut dilationem accipiat, inquis, et tamen interim consulatur actori, nempe reus vadimonio obstringatur ut, si velit frustrari actionem, impune non possit; sed in promptu contradictio est. Frustretur enim ut libet, quid refert? an eo absente de caussa cognosci, et res adversus eum judicari non potest? Quod si potest, cur rebus non necessariis oneramus actorem, ut scilicet reum in jus ducat aut ab eo satisdationem vel cautionem exigat, in eoque laboret ut ad jus suum perveniat, qui sine ulla molestia et sine mora ad id pervenire potuisset? Et sciendum est his rebus fuisse opus, si de re cognosci et judicari volumus. Quod ut fieret, veteres, ut dixi, melius esse statuerunt. Sunt enim illa duo in hanc rem comparata, ut reus in jus veniat; item ut cum venerit, respondeat actori, et ut erit ejus responsio, ita cognoscat judex de re et judicet. Quid ergo? eo absente et potestatem sui non faciente, non potest de re judicari? Sane vero lite non contestata (22) non potest, quod disertis verbis positum est a Justiniano in *Novell.* 53. *de exhib. reis, §. si vero.* Et sane, judicio non constituto aut ecepto, nec judex quisquam, nec cognitio judicis aut sententia intelligitur. Porro ita jus nostrum est, ut nullum sit judicium lite non contestata; argumento hæc sunt, et quod a lite contestata judicium incipere dicitur, *L. 1. C. de jud. Novell.* 112. et quod non nisi lite contestata res dicitur in judicium deduci, *L. unic. C. de lit. cont.* quo efficitur ut, non contestata lite, nec de re cognosci possit nec judicari: quod et in Decretalibus expressum est, in quibus legitur hic Titulus *Ut lite non contestata non procedatur.* Prodest autem reum in jus venire ut lis cum eo contestetur; cum enim venerit, necesse habebit adversario respondere, nisi pro confesso haberi velit; ac quicquid

(22) Quod confirmat Coras. *in L. si finita* 15. *§. Julianus* 16. *de dam. inf. in Summ. tract. primi et* 2. *decreti n.* 22. *et seqq.* ubi hanc regulam restringit. 1.° Nisi natura rei petitæ missionem in possessionem non admittat, ut specie *C. un. de eo qui mitt. in poss.* vid. not. *infra C.* 11. *n.* 16. 2.° Favore libertatis, *L.* 26. *§.* 7. *de fid. lib. L. qui se* 67. *de judic.* et in caussa libertatis ecclesiæ, *C. cum olim*, 34. *de testib.* In summariis quoque, quia non requiritur litis contestatio, posse liquidato negocio semper ad definitivam perveniri docet Sig. Scaccia 1. *de judic.* 96. *n.* 17. Et ideo in caussis quoque matrimonii, *C. quoniam frequenter* 5. *§. porro ut lit. non cont.* putat Coras. *d. loc. n.* 22. non tam quia missioni in possessionem in iis non locus, quam quia summariæ.

de re responderit, in eo inest litis contestatio, ut dicam suo loco. Quare, hoc constituto ut litem contestari oporteret de qua vellemus judicari, eadem opera et cautionem introduci oportuit, quæ in hoc valet ut reus in jus venire cogatur ac tum lis cum eo contestetur: quod satis aperte Justinianus significat in *d.* §. *si vero, Novel.* 53. *de exh. b. reis.*

XII. Quod si quis detur nobis locus in quo ita jus sit constitutum, ut quanvis adversarius vocatus non venerit, possit tamen judex cognoscere, et cum cognoverit sententiam ferre; profecto ordo omnis superior in cautionibus et satisdationibus exigendis, in ducendo reo qui non caveat, tum id jus omne quod ex ea caussa nascitur, tanquam supervacuum et inutile evanescet. Primum non exigemus a reo cautionem ut in jus veniat, quia etsi non venerit, caussa nihilominus eo absente recte agetur. Ob eandem caussam non caventem non ducemus in jus, cum eum in jus venire juris nostri persequendi caussa non sit necesse. Jam vero ductione sublata, neque illi edicto: *Ne quis eum qui in jus vocatus est vi eximat*, erit locus; cum natura non possit eximi qui non detineatur: neque illi erunt quos, propter ignominiam ductionis, aut contemptum in ductione adhibitum, aut justam absentiam excipi oportebit, quominus iis condicatur dies quo in jure adsint, cum non ducantur. Quapropter cum aliud obtinuerit moribus nostris in Gallia ut, sive reus veniat vocatus sive non veniat, caussa pariter adversus utrumque agatur, neque hoc exigemus ut lis prius cum adversario contestetur; non erit mirum, si toto superiore jure circa vocationem in jus (23) non utamur. Nam ne Romani quidem essent usi, si prius illud quod dixi non

(23) Atqui apparet ex *L. consentaneum* 8. *C. Quom. et quand. jud.* quod et post litem contestatam (ita enim ea L. accipienda per verba extrema *junct. iis, quæ h. C. N. præced.*) si actor petierit, cogatur reus ut se repræsentet et ita realiter citetur, ac prehensus in judicium ducatur, vide Gord. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 73. Scaccia 1. *de judic.* 96. *n.* 6. Si itaque post judicium acceptum ductionis usus, utique etiam quando lite non contestata judicari potest; et possunt caussæ esse, cur malit litem peragi actor, tam reo præsente quam absente. Quid enim si reum coram convincere malit et expeditius possit? Usu nostrorum judiciorum, actor quidem reo, de quo mox, ast reus actori nullam, nec judicio sisti nec judicatum solvi cautionem præstat, etsi immobilia non possideat. Coler. *de Process. P.* 3. *C.* 11. *n.* 92. post alios Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 5. *p.* 1. *n.* 2. licet. *text. Lib.* 2. *art.* possessorem solum reum satisdatione relevet. nisi justæ caussæ accedant. timor fugæ vel dilapidationis, Jo. Monach. *Pract. judic. P.* 5. §. 3. *n.* 11. Cæterum et actor reo cautionem præstat jure civili novissimo, qua initio litis et antequam libellum dirigat. satisdat et de lite intra duos menses a die exhibiti libelli contestanda, *Nov.* 96. *C.* 1. *Auth. libellum C. de lit. cont.* et de eadem ad finem usque prosequenda; ac si victus fuerit. decima parte quantitatis libello petitæ reo sumptuum nomine restituenda, *Nov.* 112. *Cap.* 2. *Auth. generaliter, C. de Episc. et Cleric. add. edict. Justin.* 7. *Cap.* 5. (sicut et olim cautio decimaria præstanda, vide *not. infra Lib.* 24. *C.* 3. *N.* 5.) Marant. *P.* 6. *h. t. de sat. n.* 16. Valas. probe declarans *Cons.* 66. *n.* 1. 2. 3. Harpr. *ad* §. 2. *Instit. de sat. n.* 43. Sed hujus cautionis usum plerisque locis exolevisse plerique testantur, Sich. *ad Auth. offeratur, C. de lit contest. n.* 13. Hartm. Hartm. *tit.* 5. *Obs.* 3. Coler. *decis.* 105. *n.* 2. *et* 3. Sig. Scacc. 1. *de jud.* 101. *n.* 55. Frider. Schenck. L. B. a Tautemberg. *Progymnas. fori Lib.* 2. *tit.* 6. Valas. *d. Cons.* 66. *n.* 2. Lancel. Conrad, *de Off. Prætoris in cau s. civil.* v. *satisdatio n.* 1. Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 99. *n.* 5. Merito, ait Goth. *in not. ad d. Auth. generaliter*, alioqui egeni suum nunquam judicio recuperarent destituti satisdatione. Contra expedire Reip. ut hæc jura in usum revocentur censet Ventura de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 13. *n.* 27. Sed et Damhuder. *d. C.* 99. *n.* 6. quando actor extraneus aut peregrinus aut vagis inerrans sedibus. adhuc posse reum citatum petere ab eo satisdationem qua se submittat judicio; deinde ut in eadem jurisdictione eligat certum habitationis domicilium. Jure vero Saxonico. hujus cautionis de persistendo in lite frequentem usum esse attestatur Coler. *decis.* 105. *n.* 4. *et seq* post Fachs. *Diff. jur. Civ. et Sax.* 40. *inter diff.* Zobel. 10. *P.* 1. *n.* 5. Et aliis quoque multis locis ejus usum superesse, postquam hæc scripsi, comprobasse pluribus reperi Hering. *de fidejuss. C.* 10. *n.* 117. *et seqq.* Et jure sane Saxonico duæ cautiones actori injunctæ: Guaranda, *die Gewer* (unde guarentizare, *C. un. pr. de lege Corradi* 2. *Feud.* 34. *pr.* pro evictionem præstare. Hot. *in Lexico feud.* vel liti subsistere; ac defensionem suspicere. Cujac. *ad d. C. un. ipsi* 4. *F.* 38.) repromissio defensionis rei contra alios actores qui super eadem caussa litem moturi, ut Coler. *ad C.* 2. junct. *C. dilecti* 8. *supra de Except. n.* 17. De cujus præstanda necessitate, forma, viribus item et effectibus vide *Nov. Elect. Sax.* 4. *p.* 1. ubi Moller. Coler. *decis.* 109. Zang. *de Except. P.* 2. *C.* 20. Hering. *de Fidej. C.* 10. *n.* 137 *et seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 4. *Q.* 22. Wehner. *Obs. pract. de V. S. verb. Gewer*, Jac. Schult. *Addit. ad Brunor. a Sole Loc. comm. verb. Guaranda et ad d. decis.* Coleri 109. *et*

statuissent, ille non contestata judicio agi non posse. Hæc caussa fuit cur in eo jure explicando non sim longius immoratus, contentus modo capita ipsa rerum indicare et digitum, quod dicitur, ad fontes intendere; quo admoniti lectores haberent ipsorum titulorum qui sunt de hoc genere argumentum: cujus cognitionem pleniorem si qui vellent consequi, ab ipsis titulis nullo negotio petere possent.

*novissi. obs. forens.* 14. *et* 2. *seqq.* Hanc in exsecutivis non præstari monet Coler. *de Process. exsec. p.* 4. *C.* 3. *n.* 12. eo quod finis ejus sit ne mutetur postea libellus, isque in exsecutivis cesset. Quam sententiam probat, ast rationem perstringit Jac. Schult. *add. ad d. dec.* 109. *n.* 18. *et seqq.* ubi vide. 2.° Pro expensis et reconventione, vulgo *Vorstand*, cujus finis ne victus actor e judicio se proripiens ae regione excedeus reum sumptibus et mutua petitione frustretur. Unde et huic cautio judicio sisti, sive de prosequenda lite inest Modestin. Pist. *Q.* 115. De qua vid. *Nov. Elect. Sax.* 5. *p.* 1. ibique Moller. Zang. *d. C.* 20. Mod. Pist. *d. Q.* 115. novissime Jac. Schult. *Obs. forens.* 17.

## CAP. X.

### Ei qui in jus vocatus non venit mulctam a magistratu posse irrogari.

*Transitio et divisio.* I.
*In jus vocato nec eunti mulctam irrogari, et quatenus a judice; et quæ ejus remittendæ caussa.* II.
*Potest irrogari mulcta etiam ei qui sit ex aliena jurisdictione, si vocatus ire contempsit, et quare.* III.

I. Sed redeo ad jus Romanum. Cum ergo id agerent veteres, ut reus vocatus in jus veniret, quoniam ita statuerent judicium ante esse non posse; et tamen judicium, si posset, fieri vellent adversus eum qui judicio provocatur; primam quidem eam rationem inierunt quam supra dixi, ut vel duceretur reus in jus, vel obstringeretur promissione judicio sistendi caussa, quo adduceretur metu pœnæ promissæ, ut ad diem constitutum veniret. Sed hac non contenti, duas præterea pœnas constituerunt in hanc rem adversus eos qui sui potestatem non facerent; mulctam, et possessionem bonorum eorumque distractionem: ex quibus prior est adversus omnem qui in jus vocatus non venit, sive caverit quid sive non caverit. Altera patet latius: constituta est enim adversus omnes qui non faciunt sui potestatem, sive vocati sint sive non sint; nec tantum si consulto absint, sed etiam si non consulto.

II. Placet ergo ei qui in jus vocatus non venit, mulctam pro jurisdictione (1) judicis irrogari posse, ex caussa tamen, nempe si do-

(1) Contumacia enim non solum pars offenditur, sed et judex; et sic mulctatur ratione judicis, ut non obstet *L. satisque* 19. *de in jus voc.* Nicol. Carbon. *Practicæ Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 2. Potest et citationi inseri comminatio ut nisi compareat reus, certam pœnam parti solvat. Qui si se non stiterit, solvere cogitur, etsi adversarii nihil intersit; immo etsi probari possit eum temere litem movere, ita post Caroc. *Decis.* 19. *n.* 60. Jac. Scult. *Obs forens. n.* 87. modo tamen ut ibid. *n.* 89. præcepta hujusmodi comminatoria cum caussæ cognitione, aut saltem expressione facta. Cæterum ni vererer ne moles libri nimium excresceret, aliqua hic referrem haud vulgaris usus de contumacia ejusque speciebus ac coercitione, etc. (Plurima quippe suppetunt) ex Rebuff. *in Const. Reg. Tomo* 3. de *Contumacia* Sig. Scaccia 1. *de jud.* 91. *et seqq.* Lanc. Conrad. *de Offic. Præt. in caus. civil.* v. *contumacia.* Maranta *Speculi P.* 6. *membro judicii* 2. Dambud. *Praxi civil. C.* 77. *et seqq.* Octav. Vestr. *Lib.* 4. *Pract. aulæ Rom. C.* 4. Suarzenrhaler. *Process. Lib.* 1. *act. jud. præparat.* 2. Jo. Pels. *Process. tit.* 14. *et seqq.* Goldstein. *Process. C.* 13. *et seqq.* Jac. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 4. *Obs.* 3. Ot. Meland. *Com. Cameral. Part.* 6. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. tit. de judic. Resol.* 12. Magon. *Cynos. advoc. C.* 30. Rulan. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 13. *et Lib.* 5. *C.* 7. *et Part.* 4. *Lib.* 8. *C.* 4. Peregrin. Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali, C.* 2. *n.* 162. *et seqq.* Cels. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 21. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. jud. C.* 17. Coler. *de Process. exsecut. P.* 1. *C.* 2. Moll. 3. *Semestr.* 38. *et* 4. *Semest.* 42. Render. *de Revisione Concl.* 31. Cujac. 18. *Obs.* 30. P. Fab. *ad L.* 199. *de R. J.* Wes. *ad L.* 13. §. 1. *et seq. C. de jud.* Cagn. *ad L. un. Si quis jus dic. non obt.* Blar. *in L. diffamari, C.* 8. *n.* 19. Tiraquel. *Tr. cessante caussa P.* 1. *n.* 59. *et seqq.* Ant. Corset. *Sing.* 62. *et seqq.* Marsil. *Sing.* 87. 91. 283. *et* 377. Jo. Ant. Trigon *Sing.* 88. Menoch. *Arbitr. Q.* 36. *et Casu* 153 *ac seq. et C.* 280. *ac* 521. Pacian. *Lib.* 1. *de Pro-*

to malo non venerit, cum scilicet (2) et deberet et intelligeret se debere: alioqui et ei remittetur mulcta qui ita non venit, quia dies esset (3) feriatus, aut quia non pertineret ad jurisdictionem ejus ad quem vocatur (neque enim aut eo die aut ad talem judicem quisquam venire cogitur: nec ut veniat actoris quidquam interest): remittetur et homini (4) rustico et imperito qui propter insolentiam forensium rerum, an venire deberet et qui non intellexit. Hæc ad istam sententiam Paulus in *L.* 2. *D. si quis in jus voc. non ier.*

III. Neque vero in mulcta irroganda quidquam putatur referre utrum is qui vocatus est, ex ejus jurisdictione sit ad quem vocatus est an ex aliena. Sine exceptione, qui ad prætorem vel alios qui jurisdictioni præsunt in jus vocatus est, jubetur venire, quanvis sit ex aliena jurisdictione; et ita jubetur ut nisi veniat, possit mulcta damnari, *L. si quis ex aliena. D. de judic. d. L.* 2. *D. si quis in jus. voc. non ier.* Ei quidem qui extra territorium aut supra jurisdictionem suam jus dicit, impune non paretur, *L. ult. D. de jurisd.* sed hoc tunc vere dicitur, cum constat non esse jurisdictionem magistratus. Quod si de eo (5) dubitetur, recte visum est esse prætoris existimare num sua sit jurisdictio; vocati autem non contemnere auctoritatem

*bat. C. ult.* Gail. 1. *Obs.* 60. Myns. 4. *Obs.* 50. Wurms. *Lib.* 1. *Obs. tit.* 7. *auctores diff. jur. civ. et Sax. P.* 1. *diff.* 12. *et plurib. seq.* Matt. de Afflict. *decis.* 29. Viv. *Lib.* 1. *decis.* 138. *et Lib.* 2. *decis.* 283. Tessaur. *decis.* 262. Coler. *decis.* 104. *et* 280. *et Cons.* 1. *n.* 13. *et seqq.* Meichsner. *decis. Cam. Tom.* 2. *Lib.* 2. *decis.* 1. *passim.* Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 3. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q. pract.* 6. *etc* Num in pœnam contumaciæ ædes dirui possint, et de sententia *L.* 20. *Comm. divid.* vid. Duar. 1. *Disput.* 4. Ræv. 1. *Var.* 7. Cujac. 13. *Obs.* 29. Robert. 3. *Sent.* 4. Rodulf. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 3. Marc. Lycklama *Lib.* 5. *Membranar. Ecloga* 11.

(2) Neque enim aliter vere contumax. Sive a contemnendo dicatur, ut Verius longus *de Orthographia pag. m.* 331. et Cujac. 18. *Obs.* 30. sive a tumore aut a verbo *contumeo*, quod inflari est ac superbire, ut post alios Scaccia 1. *de jud.* 91. *n.* 3. Statuunt autem DD. nostri contumaciam aliam veram, aliam fictam, quibus addunt quidam præsumptam, Damhud. *Praxi civil. C.* 78. *n.* 25. *et* 28. *etc.*

(3) Vide *infra Lib.* 24. *C.* 7. ibique not. *N.* 1.

(4) Quia dolus in rustico non ita præsumitur; ita post Curt. Menoch. *Arb. Cap.* 194. *n.* 50. Cels. Bargal. *Lib.* 3. *de Dol. C.* 1. *n.* 42. Alia ratio est *in L.* 2. *C. de in jus voc.* Quia nemo tam rusticus, quin Patronum suum a quo manumissus est; hic vero creditur quod judicem competentem non cognoscat. Carbon. *Practicæ Lib.* 3. *C.* 4. *n.* 10. vid. Choppin *Lib.* 2. *de Priv. rust. P.* 1. *C.* 2. De aliis caussis excusantibus a pœna contumaciæ, præter plerosque laudatos *h. C. n.* 1. *et C. præced. N.* 17. vid. Menoch. *Arb. C.* 153. Damhuder. *Praxi Civ. C.* 75. Contard. *in L. diffamari C.* 2. Sebast. Medic. *de Casibus fortuitis P.* 1. *Q.* 4. Wehner. *Obs. Pract. de V. S. v.* Ehehafften Oldend. *Cl.* 1. *Act.* 6. *pag.* 65. *ac seq.* Speckan. *Cent.* 1. *Q.* 56. Enimvero ut quis ceu contumax plectatur, necesse esse tradunt ut adversarius in termino compareat ac contumaciam accuset. Nec judex non instante parte in contumaciam procedere solet, vid. Contard. *in L. Diffamari C.* 5. *n.* 85. *et seqq.* Lancell. Conrad. *de Offic. Prætoris in causs. civil.* 5. *contumacia n.* 9. *et* 10. Asin. *de Exsecut.* §. 3. *Cap.* 15. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 47. Franc. de Caldas *ad L.* 3. *C de in integr. restit. in definitione v. Læsis. n.* 6. Ubi diversum statuit, si ex Statuto contumacia inducatur, ut pro confesso sit qui certo die se non stiterit. Quia, ait, quando pœna ipso jure infligitur, factum hominis non exigit. Contra in terminis Coler. *de Process. P.* 1. *C.* 2. *n.* 17. Scaccia 1. *de judic* 91. *n.* 18.

(5) Ita plerique distinguunt, vid. Corset. *Sing.* 149. *n.* 2. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *C n.* 5. *et seqq.* Cagn *ad L. ult. de jurisd. n.* 43. Busius *ad d. L.* 5. Matth. Steph. 1. *de jurisd.* 33. *n.* 18. P. Wes. *Cons.* 5. *n.* 11. *et seq.* Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. *n.* 10. *et seq.* Georg de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 22. *n.* 6. *et* 7. Bronch. 1. *Enant. Ass.* 23. P. Greg. 2. *de Appell.* 15. *n.* 7. *et seq.* Damhuder. *Praxi civil. C.* 74. *n.* 3. Speckh. *Cent.* 3. *Cl.* 4. *Q.* 1. docens qua protestatione hic utendum sit venienti, quo de vid. et Martin. Nigrin. *de Protest.* v. *testatio n.* 20. Unde si studiosus ad prætorem loci vocatus, non tenetur venire quia privilegium notorium, nisi dubium an sit studiosus, vide Rebuff. *Privil. schol.* 154. Et ut teneatur, oportet caussa ea in citatione expressa sit, quæ si vera esset, citatus sortiretur jurisdictionem citantis, Bover. *Sing.* 9. *n.* 28. *et n.* 33. Quod notatu dignum. Itemque ut citatio eum in territorio comprehenderit, Marc. de Mantua *Sing.* 42. *et* 45. Cæterum quando citatio extra territorium sive provinciam licita, et ut expediatur per litteras subsidiales, mutui compassus, etc. vid. Gail. 1. *Obs.* 56. Bover. *d. Sing.* 9. *n.* 9. *et seq.* Scacc. 1. *de judic.* 33. *n.* 6. *et C.* 40. Cagnol. *ad d. L. ult. n.* 37. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 9. Rosh. *Process. tit.* 23. *n.* 5. Marant. *P.* 6. *tit. de citat. n.* 40. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 4. *n.* 14. *et seqq.* Wes. *Cons.* 97. *n.* 2. *et* 3. Coler. *Cons.* 6. *Process. exsec. p.* 3. *C.* 7. *n.* 27. *et seqq.* Ubi *n.* 32. formam talis citationis refert.

prætoris, *d. L. si quis ex alie.* ut hoc ipso quod contemnatur ejus auctoritas, jure mulcta infligatur: atqui paulo ante dicebamus mulctam ei remitti, qui indicta die non venit, quia non erat subjectus jurisdictioni ejus ad quem vocabatur. Et quid interest, quæso, utrum non indicatur mulcta, an ita indicatur ut exigi non possit? Sane vero nihil interesset, si semper ei mulcta remitteretur; verba enim cum effectu accipienda sunt, *L. 1. D. quod quis jur.* Sed fieri potest ut, cum indicta erit mulcta et apparitor jussu prætoris mulctam exactum venerit, pergat reus non venire, quo casu recte mulcta ab eo exigetur. Quod si tum veniet ad prætorem et docebit se ideo non venisse quia ejus jurisdictioni subjectus non esset, ibi locus est cum mulcta ei remittatur. Ergo saltem hac ratione frustra indicetur mulcta, dixerit quispiam, quia semper erit in potestate rei venire in jus et privilegia sua allegare. Imo hac ipsa ratione ideo utile, quia reus metu mulctæ excitatus in jus veniet privilegia sua allegaturus, quod sine mulctæ irrogatione fortasse non fecisset.

## CAP. XI.

Quæ sit pœna adversus omnes qui sui potestatem non faciunt, neque defenduntur: et qui sint in hac caussa: tum ad titulum, quibus ex caussis in possessionem eatur.

*Rerum nexus; pœnæ necessitas; opportunus tractationis locus.* I.
*Pœna illorum qui nec sui potestatem faciunt nec defenduntur, missio est in possessionem suorum bonorum.* II.
*Auctoris propositum et methodus.* III.
*Exponitur edictum quo in possessionem bonorum mittuntur a prætore creditores, servandæ rei caussa.* IV. et seqq.
*Quid significent illa prætoris verba:* Si neque defendetur. V. et seqq.
*Aliquem non defendi ex eo facile æstimari, quicunque jure ipso defenditur, aut facto suo, vel alieno.* VI.
Jure ipso *quis defendatur. Conciliatio veterum Jurisconsultorum.* VII. VIII.
*Item* quis facto suo, vel alieno. *Qualis justa sui defensio a se habita vel ab altero; quæ non sit talis.* X. XI.
*Exponuntur edicti illa verba:* in bona ejus.
*Error veterum Interpretum notatur.* XII.
*Quod ex hac parte discrimen inter actionem quæ* in rem, *et eam quæ* in personam; *et inter jus civile ac canonicum.* XIII.
*Omnes qui non defenduntur, etiam pupillos et furiosos bonorum possessionem pati.* XIV.
*Exceptio.* XV.
*Quid, si cui debitori defuncto nondum heres extitit, aut non is qui sit idoneus defensor.* XVI.
*Creditores in possessionem missos ex eo tempore cogi decedere, quo defendetur is de cujus bonis agitur.* XVII.
*Quare prætor in edicto habuit de pubere præcipuam et insulam.* XVIII.
*Quæ restituenda creditoribus et permittenda, antequam jubeantur e possessione decedere.* XIX.

I. Sed neque hæc pœna, neque prior illa quæ nascitur ex promissione deserta, satis est ut actori consulatur adversus eum qui in jus non venit, si non aliter quam lite contestata, ac proinde non nisi reo in jus veniente judicari potest, ut jure Romano non posse jam diximus, et pro explicato habendum est. Multa enim possunt incidere cur (1) non possit reus in jus vocari; vel quia defunctus sit debitor, nec quisquam ei sit heres; vel quia frustra conveniatur, ut furiosus; vel quia latitet, aut ita absit ut non sit ejus conveniendi copia; potest etiam incidere tempus cum vocatus fuerit et satis dederit etiam judicio sistendi caussa, neque ab eo neque ab alio quovis quidquam eo nomine possit extorqueri. Quid enim si is absit, ut non magis de pœna promissa cum eo agi possit quam de re principali? Fidejussores autem aut nulli sunt, aut non sunt solvendo? Itaque hoc restabat ut, si in omnem eventum actori consultum volumus, constitueretur ea via qua, etiam judicio non constituto, uti liceret ad jus suum consequendum adversus omnes qui sui potestatem non facerent neque defenderentur, sive bi in rerum natura

(1) Non tamen sic sine omni citatione ad immissionem venitur. Quin perquiritur reus, et si reperiri nequeat, ad domum vel per edictum citatur, etc. vid. *not. supra C. 2. N. 5. 6. etc.* Et furiosi curator citandus, ut *d. C. 2. N. 21. in fin.*

natura non essent, sive essent et latitarent; sive in jus essent vocati sive non essent, ne quando hi possent impune creditores deludere et actionem frustari. Quæ et constituta est. De qua jam aggrediar dicere. Cum enim ad frustationem eorum retundendam, qui in jus vocati aut requisiti ut vocarentur, potestatem sui non faciunt; tum ad consulendum actori qui judicio experiri non potest sit comparata: omnino aut nullus aut profecto unus hic idoneus locus est in quo de ea dicatur; tametsi in Pandectis et Codice post titulos de Re judicata de ea tractatum est.

II. Est igitur hæc via, cum adversus frustrationes, tum adversus absentes omnes, et qui nusquam sunt, constituta: Si is cum quo actio est potestatem sui non faciat neque defendatur, mittitur adversarius in (2) possessionem locorum ejus, ut si res exigat, etiam distrahantur: id quidem olim simpliciter et abscisse absque (3) nulla citatione alia.

(2) Et remedium quidem hoc coercendæ contumaciæ, non subsidiarum aut regulariter prohibitum, sed ordinarium ac permissum, ut Gœd. *ad Rub. Extr. de sequest. n.* 21. *et C.* 1. *n.* 109. Ubi fuse ac solide hoc contra Claudium adstruit *n.* 111. Nam etsi extraordinarium certo sensu dici possit, nimirum quia non jure actionis, sed mero Prætoris officio expeditur, nec olim quoque certa et solemni formula impetranda missio. Ordinarium tamen catenus recte usurpatur, quatenus certa juris parte, edicto nimirum perpetuo propositum, verbis promissionem et jus regulare arguentibus, *Tit. D. Quib. ex caus. in poss.* et *Extr. de eo qui mitt. in poss.* Nec subsidiarum censeri potest quod una cum aliis remediis quandoque competit, electione data actori, ut *L.* 8. *C. Quom. et quand. judex*, nec si esset, ideo regulariter vetitum propterea censendum. Caussæ denique beneficii, ut *h. C. N.* 16. specialiter exceptæ, regulam contrariam arguunt. Nec concinna ratio Claudii. Ex contumaciæ solum caussa missio conceditur, non igitur ordinario jure. Nam immo, quæcunque sint remedia jure prodita, suas certas, eodem jure constitutas caussas habent, ex quibus solis oriuntur, et extra quas non competunt.

(3) Ergo ne et sine caussæ cognitione? Hoc enim consequens per not. *supra Cap.* 2. *N.* 2. Proinde et sine decreto (quia decretum in rebus quæ altera solum parte præsente, nec citato adversario expediuntur non dicitur, de quo A. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.) Ita sane Cujac. 10. *Obs.* 13. decretó Prætoris non indigere creditores (quia hoc omne ex ordine et edicto postulatur,) sed jussu ejus ac permissu. Permitti autem non simpliciter possideri, sed ex edicto. Et hanc missionem sine caussæ cognitione fieri, A. Fab. *d. Err.* 6. *pag.* 323. et Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* A. Fab. *Tr.* 7. *Q.* 3. Contra Sc. Gentil. 1. *de Jurisd* 24. decernere hic Prætorem, ideoque caussa cognita. Qui idem cum DD. vulgo duo decreta agnoscit. Et summatim hic examinari negocium probant vulgo ex *Nov.* 53. *C.* 4. §. 1. [illegible] facit, *L.* 9. *C. de bon. auct. jud.* ibi: si et debitore tuum esse constat. Etiam et vocatur decretum, *L.* 3. *pr. Ne vis fiat ei.* Verum *d. C.* 4. §. 1. *et d. L.* 9. de missione quæ fit contra latitantes, et ita ex alia edicti parte, *L.* 7. §. 1. *Quib. ex causs. in poss.* quæ vulgo ex 2° decreto dicitur, loquuntur. Et decretum sane strictiori acceptione non dicitur sine cognitione caussæ. Latiori autem quicquid Prætor jus dicens pronunciat, vid. Ræv. *Protrib. C.* 8. At si qua hic cognitio, ea est de contumacia. Coras. *in L.* 15. §. *Julianus* 16. *de dam. infect. Summ.* 1. *et* 2. *Decreti n.* 6. *et n.* 13. non de meritis caussæ. Pœna enim hæc est contumacis. Contumax autem esse potest, etsi justam caussam foveat, *L.* 73. *pr. de judic.* Quare hic si reus die constituto se non sistat, ejus contumaciam actor accusabit, de qua ubi judici constiterit, in bona iri jubet Prætor, etsi de jure actori non satis appareat: tum per verba edicti. *L.* 2. *pr. d. titul.* tum per *L. pen.* §. *pen.* ibi: *ea tantum occasione*, etc. *Codic. de præsc.* 30. *ann.* Ac etsi missio hæc ex edicto postulanda, non tamen jure actionis, sed mero seu, ut vulgo, nobili jus dicentis officio, Coras. *d. n.* 13. Gœd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 109. *p.* 162. *et n.* 111. *p.* 169. Et potest hæc petitio voce fieri, nec oportet libellum in scriptis porrigi. vid. Jac. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 108. *et* 2. *seqq.* et quos citat ac in simili Zuchart. *de Miss. in poss. ex L. fin. C. de edict. D. Adr. toll. n.* 91. *et n.* 281. *et seq.* Quis vero judex immittat, et an delegatus quoque alius quam Principis, vid. Zuchart. *d. loc. n.* 264. *et seqq.* Gœd. *d. C.* 1. *n* 69. *et seqq.* et cujus imperii sit ita mittere, Vaud. 2. *Q.* 35. Confer *supra Lib.* 17. *C.* 8. *N.* 27. Quid si bona in alio territorio? Zuchart. *d. loc. n* 276. *et seqq.* Covar. *Pract. QQ. C.* 10. *n.* 4. Jure Saxonico missionem ex primo decreto non agnosci notat Coler. *de Process. exsecutiv. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 12 *et P.* 3. *Cap* 10. *n.* 5. *ac Decis.* 134. *n.* 12. Quippe eo jure contumacia litis damno coercetur. Emissis namque tribus edictis citatoriis per intervalla 14. dierum, uno peremptorio (vid. *N. seq.*) sui copiam non faciens condemnatur, actore id petente et contumaciæ pœnam urgente. (absque hoc enim secus, vid. *supra C.* 10. *N.* 4.) in caussa, sub conditione ea, ni legitimas absentiæ caussas docuerit, *bis auff Ehehafft und helffliche Widerrede.* Quæ quomodo et intra quod tempus probandæ, vid. Coler. *d. C.* 2. *n.* 21. *et seqq.* Ni probaverit, judicatur reus, *das er nunmher biss auff die Halffe erstanden*, et condemnatur ad omnia petita, nec aliter contra eum exsecutio instituitur captione pignorum et translatione possessionis in actione

Hodie vero, qui vadimonium deserunt et promissionem judicio sistendi caussa factam, ita citandi sunt ut ii qui post litem contestatam per contumaciam absunt, tribus scilicet edictis vel uno peremptorio. (4) *Novel.* 69. *et* 112. idque jure est pontificio confirmatum *C.* 1. *Extr. de dilat. C. ult. ut lite non contest.* Illa differentia est quod, lite contestata, agitur caussa et ad sententiam definitivam proceditur, ut postea explicabitur; lite non contestata, agi caussa non potest, sed adversarius, si quidem actor per contumaciam absit, a judicii observatione absolvitur, *d. Nov.* 53. *C.* 1. Sin reus absit, actor, ut dixi, in bonorum possessionem mittitur, Ulpianus in *L. item*, *§. cæterum*, D. ex quibus caus. maj. *Cæterum, si non exsistebat defensor, æquissimum erit subveniri, eo potius quod qui non defenduntur, si quidem latitent, prætor pollicetur, ex edicto in bona eorum mittere; ut si res exegerit etiam distrahantur. Si vero non latitent, licet non defendantur, in bona eorum mitti.* Paulus in *L. satisque*, D. de in jus vocand. *satisque pœnæ subire eum, si non defendatur, et latitet. Certum est enim quod mittitur adversarius in possessionem ejus.*

III. Quod quia pluribus verbis indiget, et argumentum est illorum Titulorum qui sunt in Pandectis *Quibus ex caussis in possessionem eatur*, item *De rebus auctor. judic. possid.* et sequentium; dicam de eo quod res postulat, persecutus singulatim eorum titulorum sententiam et ordinem: ut si non omnia fortasse quæ in his sunt subtilius et minutius exsequar, nihil tamen desit quod sit satis ad intelligendum id quod est in persecutione juris nostri adversus indefensos, et sententiam eorum titulorum plane cognoscendam.

IV. Quorum in bona mittantur creditores rei servandæ caussa (sic enim in *L.* 1. *et L.* 3. *quibus ex caus. in pos. eat.* et passim sub his titulis et alibi appellatur ea possessio qua creditoribus cavetur, ad rem de qua agitur illis servandam, *L.* 5. *§. si plures, et* seq. *D. ut in pos. leg.*) quorum, inquam, in bona hac gratia mittantur creditores, complexus est edicto prætor bis (5) verbis, ut quidem refertur edictum in *L.* 2. *D.* quib. ex caus. in pos. eat *In bona ejus qui judicio sistendi caussa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui faciet neque defendetur, ire jubebo.* Ait, *ejus qui judicio sistendi caussa fidejussorem dedit.* An quod non alterius bona jubentur possideri quam qui istius rei nomine dedit fidejussorem? At innumeros

in rem, quam si legitime judicio convictus et caussa ejusque meritis cognitis, judicatum esset, Coler. *d. C.* 2. *n.* 29. *et d. C.* 10. *n.* 5. Et missus itaque in possessionem vere statim possidet, fructusque percipit, eosdem tamen in sortem imputat, donec credito satisfactum. Quod si urgeat solutionem, post lapsum 6. septimanarum ad distractionem rei in quam missus est creditor, venitur, vid. Coler. *Decis.* 134. *n.* 10. *et seqq.* Quæ autem forma subhastationum in foro Saxonico, quis effectus etc. vid. *Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. item *Const. Augusti Elect. post convent. Torgens. Anno* 1583. *edita et Interpr. juris Sax.* citati *infra C.* 13. *N.* 1.

(4) Fac. *L.* 8. *C. Quom. et quand. jud. L.* 6. §. 4. verbis: post edictorum solemnium citationem, *Cod. de his qui ad Eccles. confug.* ex qua Hier. Schurf. *Cent.* 1. *Cons.* 9 *n.* 7. contendit etiam in missione ex 1. decreto necessariam esse citationem. Attamen in eadem peremptoriam non requiri, cum sit modici præjudicii, nullum possessionis vel dominii in jus transferens, firmat Coras. *in L.* 15. §. *Julianus* 16. *de dam. infect. Summ. Tract.* 1. *et* 2. *decreti n.* 9. Confer. Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 74. Parlador. 2. *Rer. Quotid.* 6. Jure Saxonico etsi contumacia inducatur, tres citationes ut præcesserint, requiri videatur, tum per textus *Lib.* 3. *art.* 39. vers. *Also thut man auch zum andern und dritten mal, etc. et Lib.* 1. *art.* 41. *et* 67. tum ex communi doctrina quod, ubi contumax pro confesso habetur, una pro tribus peremptoria non sufficiat: attamen usu forensi contra obtinere, modo unum edictum tantam dilationem quantam tres alias citationes tribuat citato, post Hartman. Pister. *P.* 1. *Q.* 5. *n.* 9. testatur Coler. *Process. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 14. Quia nec absolute hic pro confesso, sed quatenus legitimum impedimentum non probaverit. Confer Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 3. *Parte* 1. *n.* 18. *et seqq.* De peremptoria citatione et quando una sufficiat, quando aliæ præcedere debeant, deque ejus viribus in genere, consule Mattbesilan. *Sing.* 130. *et* 2. *seqq.* (*ubi* Gabr. Sarayna *in annot. et ad L.* 2. *Cod. Quomodo et quand. judex*, Sichard. *ad L.* 2. *et seqq.* maxima ad *L.* 8. *Cod. eod.* Menoch 1. *Arb. Quæst.* 59. Wurmser. *Tit.* 6. *Observat.* 1. *et seqq.* Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. Cap.* 17. Scaccia 1. *de Judic.* 91. *n.* 21. *et seqq.* Rosbach. *Process. Tit.* 25. *n.* 37. *et seqq. et n.* 99. *et seqq.* Quod ubi de privatione juris agitur, una pro tribus non sufficiat. Scaccia *d. loc. n.* 25. Frider. 2. *de Mand. judic.* 2. *n.* 2. item ubi de privilegii amissione, maxime in Scholasticis, Rebuff. *Privil. schol.* 140. Quibus item aliis modis, præter ante citatos, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 44. *et seqq.* Cæs. Contard. *ibid. C.* 4 *n.* 31.

(5) Edicti de possessione hac bonorum complura capita seu partes diversæ, ut *d. L.* 2. *pr. L.* 5. §. 2. *L.* 6. §. 1. *L.* 7. §. 1. *h. t. L.* 9. *pr. L.* 25. *de reb. auct. jud.* vid. P. Fab. *ad d. L.* 148. *de R. J. initio.*

esse postea constabit, in quorum bona mittantur creditores; quanvis illi de quorum bonis agitur nihil istius caverint, imo quanvis ne vocati quidem fuerint in jus, atque adeo quanvis pupilli sint aut furiosi. Et ne abeamus longius, modo retulimus Ulpiani et Pauli verba, in quibus ille scribit generaliter in bona ejus mitti qui non defendatur; hic autem diserte dicit eum qui latitet et faciat ne possit in jus vocari, hanc pœnam subire quod mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus. Quid ergo sibi vult illa adjectio in edicto? Et dicendum est, si nihil desit edicto, ideo prætorem de eo qui cavit judicio sistendi caussa, et non tantum de eo qui cavit sed qui etiam fidejussorem dedit, nominatim edixisse, quod potuerit maxime de eo dubitari Ut si in hujus bona mittit prætor, de quo præcipua dubitatio esse potuit, intelligetur eadem opera prætorem in alio rum, qui non defenduntur nec fidejussorem dederunt, bona multo magis missurum. Etenim magis cautum est creditoribus ab eo qui promisit se judicio staturum et fidejussorem dedit, quam ab eo qui nihil satis dedit; illi enim fidejussorem convenire possunt et rem ab eo servare, ut maxime non possint a principali debitore; quod si his nihil obstat hæc cautio quominus impetrent missionem in bonorum possessionem rei suæ servandæ caussa; multo citius id impetrare debebunt qui ad rem suam servandam nihil cautum habent. Sed dixerim potius locum a compositoribus Pandectarum et ab aliis imperitis detruncatum nobis traditum esse; cum Ulpianus eo loco quem supra retuli, scribat, si quis non defendatur in bona ejus mitti, et addit prætorem id polliceri edicto. Et sane nihil fuit facilius quam particulam etiam demi ex edicto ab his qui vim ejus in principio orationis non perciperent, quæ (6) addita rem omnem expedit; ut verberent, si nullius nisi latitantis bona venire possunt? Non tribueretur quidquam favori ejus qui pro commodo Reip. laborat, si idem haberet alia quacunque probabili, immo et voluntaria caussa, modo citra dolosum frustandi animum absens, 3.° quia et minor non defensus quandoque bonorum venditionem patitur, licet non latitet, *L.* 5. *de reb. auct. jud. pos.* 4.° quia ratio certa hoc idem efficit, de quo mox. Aut non satisdedit; et hic alia edicti clausula de pupillo, cujus verba priora non habemus, posteriora autem referuntur in *L.* 5. §. 2. *h. t.* Eaque distinctio est ut *infra C.* 13. *n.* 6. *N.* 5. alia de quovis alio, cujus itidem pars solum prior refertur, *L.* 7. §. 1. *d. t.* et constat junct. *L.* 21. §. *pen. Quib. ex caus. maj.* Hic igitur vel fraudationis caussa latitat, et si non defendatur, ejus bona possideri vendique Prætor jubet; huc usque verba edicti relata, *d. L.* 7. § 1. Vel non latitat, et si non defendatur, in bona tantum mittitur. His aut similibus supplenda verba edicti quæ deficiunt, ex *d. L.* 21. §. *pen.* Neque enim quod ibi dicitur de non latitantibus, ad eos quoque pertinet qui ante satisdederunt; tum quia ibi tractatur de restitutione contra actionem amissam, cujus dies exiit absente adversario, qui nimirum nec initio conveniri aut in jus vocari potuit; tum quia *d. L.* 6. §. 1. *Quib. ex causs. in poss.* refragatur, ut ostensum. Denique certa ratio hæc discriminat. Qui antea judicio sisti cavit, vadimonium deserens, vere contumax, merito hanc pœnam distractionis patitur. Etsi namque possit esse ut non latitet, *L.* 2. §. 2. *d. t.* (quid enim si putavit non defore, qui se absente caussam suam suscepturi?) tamen est quod ei imputetur quo absit, quodque fidem promissionis de sistendo non præstet. Ac licet forte procuratorem, dum abiret, reliquerit, satis instructum, si is postea fidem mandati deserat, hoc non nocere adversario æ-

(6) Dicendum potius, cum plures edicti partes fuerint, eas integras nobis non superesse, quam quod una vocula huic parti detracta sit. Ita vero puto. Pars illa edicti, quæ *d. L.* 2. *pr.* ad eos solum pertinet qui vadimonium deseruerunt. Alia deinde pars seu clausula nominatim de caussa pupilli non defensa cavit, cujus verba plane nobis desunt. Fuisse eam liquet, tum ex *L.* 3. §. 2. *d. t.* verbis; *ut edicto locus sit*, non dicit menti et sententiæ edicti de alio loquuti et ad pupillum extensi, qui enim extendi potuisset? Tum maxime ex *L.* 5. §. 2. *d. t.* ubi verba edicti: Si *is* pupillus *eave* pupilla etc arguunt, et in præcedd. mentionem horum a Prætore factam esse. Subditur alia clausula *L.* 6. §. 1. quæ bona venire permittit (quam pertinere arbitror ad clausulam primam, quæ *L.* 2. *pr.*) excipiens pupillum et Reip. caussa absentem. Illa autem clausula, quæ *L.* 7. §. 1. refertur, ad eos potissimum pertinet qui judicio sisti non caverunt; quippe nec unquam reperti. Fac. *d. L.* 7. §. 13. ibi: occursum creditoris evitet et *d. L.* 7. §. *pen.* ibi: a quo petere velim. Cæterum cum de furioso nulla pars edicti loquuta sit, inde quæstio mota *d. L.* 7. §. 10. *et* 2. *seqq.* Et dicitur *nominatim d.* §. 10. quia edicto generali non comprehenditur. Sic itaque jus fuisse reor. Aut qui non defenditur prius satisdedit judicio sisti; et primo fit missio in ejus bona sive latitet sive non, si fraudationis caussa absit, ex prima clausula edicti, *L.* 2. *pr* et §. *seqq. d. t.* Si dein abesse perseveret, ejus bona veniunt ex ea clausula quæ *L.* 6. §. 1. *h. t.* etsi non turpiter se occultet 1.° quia verba *d.* §. 1. indefinita *cujus bona possessa.* Ergo junct. *L.* 2. *et* §. 2. *h. t.* 2.° quia nominatim excepti pupillus et absens Reipublicæ caussa. Exceptio autem in uno probat regulam contrariam in alis. Quid enim hi peculiare ha-

ba ista fuerint: *In bona ejus etiam qui judicio sistendi caussa fidejussorem dedit*, et quæ sequuntur. Hoc *etiam* valet non tantum in cæterorum bona qui nihil caverunt creditoribus suis prætorem missurum (quo nihil æquius) sed etiam in ejus qui cavit creditori, et cavit fidejussore dato; quanvis prima fronte id videri potuerit supervacuum. In quo tamen nihil habeo præter conjecturam. Utcumque est, sive edictum generaliter conceptum fuit de omni qui non defendatur, ut fuisse Ulpianus significat, res absoluta est; sive ita ut nunc exstat in *d. L.* 2. et supra retulimus, hoc tenebimus, id ita ut diximus et Ulpianus testatur, intelligi oportere.

V. Ait prætor, *si neque potestatem sui faciet neque defendetur*. Is potestatem sui non facit, non tantum qui frustrandi creditoris caussa latitat et consulto id agit ne sit secum experiundi copia, sed etiam qui sine consilio frustrandi abest aut nusquam est, ita ut non queat in jus vocari, *L.* 2. *§. potestatem, D. quib. ex caus. in pos. eat.*

VI. Quis non defendatur ita intelligemus, si cognoverimus quis defendatur. Is enim intelligitur non defendi, in quo nihil est rerum quibus continetur justa et legitima defensio. Defenditur quisque aut jure ipso, aut facto vel suo vel alieno.

VII. Jure defendi intelligitur quisquis est in ea caussa ut, quanvis præsens, non possit inveniri; qui si judicium accepisset, absolvi deberet: qualis est qui debet in diem aut sub conditione, aut qui tenetur quidem pure, sed ea actione quæ per exceptionem repellatur. Itaque hujusmodi debitorum bona negat Papinianus (7) possideri posse rei servandæ caussa, in *L. eo tempore, D. de pecul.* negat Paulus in *L. penult.* in fin. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* et Ulpianus istorum omnium negat bona ex edicto vænire posse in *L. Fulcinius, §. si in diem, D. eod.* quod idem valet. Is enim creditor mittitur in possessionem qui et potest bona ex edicto vendere, *d. L. pen. eod.* Hoc est quod dicitur in *L.* 2. *§. defendi*, D. eod. *defendi videri qui per absentiam suam in nullo deteriorem caussam adversarii facit*. Solus enim in nullo facit caussam deteriorem adversarii, qui etsi præsens esset, conveniri jure non posset. Quæ omnia non alia ex re dicuntur, quam quod qui in hac caussa est ut conveniri non possit, satis jure ipso defendi intelligatur; nam alioqui ad edictum pertineret. Et sane is recte dicitur jure defendi, quem jus tuetur ita ut non egeat alia defensione. Non eget autem is a quo nulla esse potest petitio.

VIII. In quo tamen veterum sententiæ quæ de supra scriptis exemplis exstant in libris nostris, convenire non videntur. Scribit Paolus in *d. L. penul. eod.* creditorem conditionalem in possessionem bonorum non mitti. Item in *L.* 6. in prin. *D. eod.* velut a se ipso dissidens, scribit in possessionem mitti solere creditores, etsi sub conditione eis pecunia promissa sit. Respondit Papinianus, si pater qui actione de peculio conveniri poterat, lateret tunc cum in peculio nihil est, creditorem in bonorum possessionem ejus mitti non posse, quia non teneatur, *L. eo tempore, D. de pecul.* Ulpianus contra in *L. Fulcinius. §. si qui actione, D. quibus ex caus. in poss. eat.* diserte scribit hoc jure nos uti ut hujus patris, de quo modo dixi, bona possideri et vænire possint, quanvis nihil sit in peculio. De quibus sententiis hoc habeo quod dicam, utrumque verum esse; creditorem conditionalem in possessionem non mitti et eundem in possessionem mitti solere, sed diverso sensu. Creditor conditionalis in possessionem non mittitur, si suo jure et solus id fieri postulet. Nam qui non post agere adversus conditionalem debitorem etiam præsentem, quomodo dicet absentem non defendi quem ita jus tuetur? At, si alii creditores in possessionem absentis missi sint, nulla est injuria, nullum incommodum absentis in hac possessione etiam conditionali creditori locum dari cum aliis. Impetrabit igitur, si postulet; sed ut, existente conditione, res illi proficiat ad pignus contrahendum. Itaque dicitur hic absolute non mitti in possessionem, qui neque semper mittitur neque mittitur unquam in justam possessionem et talem, qualem veri credito-

quum est, sed ei ipsi qui reliquit, quique ejus fidem secutus etc. Contra qui initio abfuit sine dolo et fraudandi animo ut nec vocari in jus personaliter potuerit, et proinde judicio sisti non satisdedit, ei tantum imputari nequit. Nam divinare nec potuit nec debuit fore aliquem a quo conveniretur. Quid enim si caussa actionis ipsi ignota? etc. Quare hic ad distractionem, quæ et noxia sæpissime debitori rebus viliori pretio venditis et ignominiosa, non pervenitur, nisi ex caussa et eo modo ut *L.* 7. *§.* 10. *et* 2. *seqq. d. t.* Atque hæc ita juri nostro convenire censeo. A quibus Interpretum doctrinæ in proposito nimium quantum discrepant.

(7) Non igitur placet, quod Gœd. *ad L.* 10. *de V. S.* vult creditores *d. L.* 10. statui etiam quibus in diem vel sub conditione debetur ad hunc missionis effectum.

res qui in bona missi sunt, ex edicto consequuntur. Idem (8) tamen dicitur mitti, quia mittitur aliquando, sed ita ut si quando mittatur, ea possessio dicatur per abusionem, non vere. Hi quidem quibus quid sub conditionem legatum est, in possessionem bonorum hereditariorum mittuntur, si his heres non satisdet legatorum nomine, *L. penul. D. quib. ex caus. in pos. eat.* Sed hæc caussa est, quod his quoque jubetur heres (9) satisdare, ut si edicto non pareat, jure afficiatur hac pœna ut bonorum possessionem patiatur. Non eadem caussa est conditionalis creditoris, cui nihil præstari debet ante quam conditio extiterit. Quod autem attinet ad sententias supra scriptas Papiniani et Ulpiani de eo qui conveniebatur actione de peculio, puto et inter has bene convenire. Interest enim an, tunc cum agitur et in peculio nihil est, constet in peculio nihil esse; an de eo ambigatur. Si constet nihil esse, vera est Papiniani sententia patrem conveniri non posse, seu patrem absolvi debere: itaque hoc casu bona ejus non possidebuntur. De quo sensisse Papinianum non dubito; Neque enim diceret patrem absolvi debere, nisi in peculio nihil esse judici constaret. Quod si ambigatur de eo, ut quia dicatur nihil esse in peculiu, creditor autem contra intendat esse; sine dubio creditor audietur tenebitque intentio, ut idem Ulpianus docet in *L. quæsitum, D. de pec.* Quod si tenetur pater actione, consequens (10) est recto dici bona quoque ejus hoc casu possideri posse.

IX. Facto vel suo alieno defenditur is qui habet aliquem qui ipsius nomine judicium suscipere paratus sit ubi et cum oportet, dum suscipiat recte et boni viri arbitratu. Et quidem, quod ad verbum defensionis attinet, non est defensio nisi ubi quis judicio defenditur, quoniam et judicio cum eo agitur; nec defenditur quisquam judicio nisi ubi cum defensore judicium est, idest iis contestata, ut proinde non defendat nisi qui judicium accipit, *L. recte. D. de judic.* sed judicium suscipi non est satis. Exigimus ut justa sit defensio, et, quod diximus, ut quis recte et boni viri arbitratu defendatur. Etsi enim in hoc edicto nihil adjicitur de defensione qualis esse debeat; tamen in omni defensione hoc tenendum est quod Paulus definit in *L. pen D. de procur.* omnem qui defenditur, boni viri arbitratu defen-

(8) Dura hæc conciliatio: Aliter Cujac. 10. *Obs.* 32. Vital. 2. *Var. Lect.* 14. *n.* 1. mitti quidem *d. L.* 6. sed ut pignoris exsecutionem non habeat aut venditionem peragere possit. Mitti, si initium spectes, non si effectum. Conveniunt Pac. 7. *Enant. Q.* 11. Goed. *ad L.* 12. *pr. de V. S. n.* 13. exaudientes *d. L.* 6. de missione ex 1.° decreto rei custodiendæ et servandæ caussa *d. L. pen.* ex secundo decreto, quo vera possessio tribuitur, et ut bona crediti nomine vendantur. Nec male hi duo, nisi quod duo decreta falso agnoscunt, vid. *infra C.* 13. *N.* 1. Potius inter partes edicti diversas distinguendum ut post Pithæ. P. Fab. *ad. L.* 148. *d. R. J.* Mittuntur ex parte ea edicti quæ *L.* 2. expressa, non autem ex ea quæ. *L.* 7. §. 1. *eod.* ex qua et venditio conceditur. Et hæc solutio firmissima ea ipsa serie LL. collocatarum desumpta. Licet priori missioni forsan non locus in conditionali debito, nisi cum ex justa caussa agitur ad interponendam cautionem ante conditionis eventum. per *L.* 2. §. *in omnibus pen. D. de jud.* ut P. Vander. *de Priv. cred. C.* 16. add. Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 3. *n.* 105. Illud minus placet, quod Goed. *ad d. L.* 12. *pr. n.* 11. *et* 2. *seqq.* alia conciliatione usus accipit *d. L. pen.* de conditione incerti ac dubii eventus, *d. L.* 6. vero ubi certo eventura. Illic incertitudini vim esse ferme perpetuæ exceptionis. Hic autem, uti et cum in diem debetur, licet objici possit exceptio plus petitionis, ea tamen. ait, non perpetua. sed quasi momentanea et prorsus dilatoria, suspendens solum actionem, donec dies adsit aut conditio. Ac etsi quod sub conditione debetur non in obligatione; quia tamen spes est brevi debitum iri, pro eo haberi, sicuti quæ proxime fieri debent pro factis habentur, ita Goed. Male. 2.° Quia non est vera conditio, cujus eventus indubius, vid. *supra Lib.* 8. *C.* 31. *n.* 7. *et Lib.* 15. *C.* 11. *n.* 2. *et N.* 4. Ipse JC. *in L.* 7. §. 14. *h. t.* in materia nostra non referre scribit debitor non sit, an nondum conveniri possit. Contra quem quid efficiat arg. Goeddei ex Brocard. Cingendum pro cincto etc., eoque ipso latius quam convenit acceptio. Neque enim quæcunque certo, eadem cito eventura conditio, e. g. si moriar. 3.° Falsum quod ante diem vel conditionem petens exceptione solum repellatur. Immo actio jure ipso non tenet. vid. *supra Lib.* 15. *C.* 8. *N.* 4. 4.° Connexio *d. L. pen.* §. *ult.* cum §. 1. *præc.* et vis voculæ *autem* arguunt, uti de legati conditione *d.* §. 1. tractatur, quæ deficere potest, ita et *d.* §. *ult.* de pari conditione debiti; alias non constat oppositio.

(9) Convenit Cujac. 10. *Obs.* 52. quia legatario cautio debetur exemplo judiciorum bonæ fidei.

(10) Convenit Pac. 4. *Enant. Q.* 63. exaudiens *d. L.* 30. *pr.* ubi nec aliquid esse in peculio, quia filius vel servus mortuus aut manumissus. Ast *d. L.* 7. §. 15. aperte loquitur, ubi nihil quidem in eo est, ast esse potest. Nam etsi cum agitur nihil insit, tamen medio tempore et ante sententiam acquiri potest,

dendum esse. Itaque alia parte hujus edicti hæc verba adjecta sunt. Sic enim refertur in *L.* 5. *§. prætor*, quib. ex caus. in pos. *Si is pupillus in suam tutelam venerit eave pupilla viripotens fuerit et recte defendetur, eos qui possident possessione decedere jubebo.* Est absurdum denegare aliquid pupillo quia non recte defendatur, tribuere autem majoribus quod defendantur, quanvis non recte; pro quo verbo in alia clausula ejusdem edicti dicitur *boni viri arbitratu*. Sic enim est in *L. Fulcinius*. in pr. D. *eod. Qui fraudationis caussa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur.*

X. Recta et justa defensio alia est in eo qui a se defenditur, alia in eo qui defenditur ab alio. Qui se ipse defendit quodque judicium suscipere paratus est, etiam si nihil satisdet; si tamen is sit qui possit judicio obligari. Nam si, exempli caussa, de re ad pupillum pertinente agatur, non videbitur pupillus defendi, si ips: se liti offerat. Hoc exigimus ut ab alio defendatur, *L.* 5. in prin. et *§. ult. D. eod.* Si quis autem defenditur ab alio sic videtur recte defendi, si et defensor sit idoneus, et satisdet se judicatum soluturum. Hæc enim duo sunt in justa defensione quæ suscipiatur alterius nomine, *d. L.* 5. *§. recte*. *D. eod. L. recte, D. de judic.* De qua mihi constitutus est ad dicendum locus hujus quæstionis proprius sub titulo de procuratoribus et defensoribus antea a me perpurgatus. Tantum hic monebo, recte et boni viri arbitratu idem valere, *d. L.* 5. *§. recte. L. servum, §. ait prætor*, juncta *L. sed et eo, §. defendere*, et seq. *D. de procur.*

XI. Quæ si ita sunt, jam recte ita definiemus reum non defendi, proindeque ejus bona ex edicto possideri posse, quoties eo ita obligato ut præsens posset conveniri, nemo exsistat qui ejus conveniendi nomine judicium paratus sit suscipere; aut si quis exsistit, non est idoneus defensor; aut si est idoneus, non defendit oblata satisdatione si alieno nomine convenitur. Sed neminem exsistere defensorem constare debet. Id tum intelligetur cum, requisitis ab actore propinquis aut amicis rei, et iis omnino quos probabile sit defensioni absentis non defuturos, nemo exsistet qui se defensioni ejus offerat. Itaque prius istos (11) interpellari oportet idque testatione complecti, ut ita magistratui fides fieri possit eum de quo quæritur non defendi. Hæc in *L. item §. ult. L.* seq. *L.* 5. *§.* 1. *D. quib. ex cau. in pos. eat.*

XII. Qui neque potestatem sui faciat neque defenditur, in ejus bona se ire jussurum pollicetur prætor, *In ejus bona*, inquam, nempe (12) omnia, Justinianus constituit ut mitterentur creditores in possessionem bonorum pro modo et quantitate debiti. *Nov.* 53. *§. si vero*. Male enim vulgo (13) interpretes hæc verba accipiunt, quasi in partem bonorum creditores mitti Ju tinianus jubeat. Jubet enim in omnia, sed ita ut quisque pro (14) modo debiti ex iis distractis pecuniam

(11) Vid. P. Fab. *ad d. L.* 147. *de R. J.* Marant. *P.* 6. *Memb.* 9. *de Cit. n.* 108. *et seq.* docens hos per proclama. seu voce præconis publice citari debere, de quo et quod singuli non sint vocandi plene tractat Vinc. de Franch. *Decis.* 516. Plane Petr. et Cyn. referente Corasio in *Summ.* 1. *et* 2. *decr. n.* 16. hanc citationem non nisi in minoribus *d. L.* 5. § 1. et absentibus Reip. caussa *d. L.* 22. requiri voluerunt. Sed contra facit *L.* 5. §. 2. *Quod vi aut clam*, *L. ult. ubi pup. educ.* Unde Coras. *d. loc. n.* 17. ubi grave præjudicium vertitur, hoc requiri, nisi absens semel antea in faciem citatus, contumax esse perseveret: is enim latitare censetur. Si quis autem borum venerit, terminum sibi concedi recte petet, ut perquiri et admoneri interim ab eo reus possit. M. nocb. *Cas.* 40. *n.* 7.

(12) Quod jure quidem veteri satis expeditum (etsi quidam, ut *N. seq.* contra) et clare probatur, *L.* 1. *D. Quib. ex caus.* Cic. *pro Quintio:* Omnino bona possessa non esse constitui: quod bonorum possessio spectetur, non in una aliqua parte, sed in universis quæ teneri ac possideri possint, Duar. *ad h. t. D. C.* 2. Scip. Gent. 1. *de Jurisd.* 24. *p.* 86. Gasp. Schifordeg. *Lib.* 1. *ad* A. Fab. *Tr.* 7. *Q.* 1. Et ita Cujac. 10. *Obser.* 31. mitti in possessionem omnium mobilium, immobilium et incorporalium. Ac probat *L.* 1. *C. de præt. pig.* vid. Don. *ad eum tit. C. n.* 9.

(13) Et ita jure novo statuunt Duar. *d. C.* 2. Wes. *Par. D. de dam. inf. n.* 6. *pag.* 70. Scacc. 1. *de Jud.* 69. *n.* 5. Amplius Coras. *ad L. si finita*, 15. §. *Julian.* 16. *de dam. inf. in Summ.* 1. *et* 2. *decreti.* et Maran. *P.* 6. *Membr.* 2. *de Contumacia. n.* 12. pro hoc ex jure antiquo allegant *L* 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* quæ iisdem resistit tamen. Bona tamen in quæ mittitur, aliquanto plus valere quam sit creditum volunt Maran. *d. lo. n.* 14.

(14) Ita Cujac. *in d. Nov.* 53 *Part.* 3. in universa bona debiti servandi caussa. Nam *d. Nov.* 53. *C.* 5. dicit possessionem indefinite, bona habere, res recipi etc. Sc. Gent. 1. *de Jurisdict.* 24. verba illa *d. C.* 4. [illegible] τοῦ διχρεωστουμένου χρέους, ita debuisse verti *ad quantitatem declarati debiti* scilicet consequendam vel conservandam. Nec referenda esse ad modum et quantitatem rerum

recipia' ut infra dicetur. Ex quo errore et ille alter excusus est, quod ajunt (15) ordinem servari in bonis possidendis, ut primo quidem in bonorum mobilium, deinde si ea reus non habeat, in immobilium mittantur: nam hic ordo in bonis ex caussa judicati captis servatur, *L. a divo Pio, D. de re judic.* non in bonis nondum judicati rei, ut illi putant; quos tamen *eodem* (*) *errore seculus est Pontifex* in Tit. ut *lit. non contest. C. ult.* ei ibi Panorm. ex Joannis sententia ait, si hic ordo servatus non sit, non valere quod factum est, utpote contra ordinem judiciorum; imo hoc illi contra rationem potius.

XIII. Sane ad hanc rem differentia est (16) inter actionem in personam, et actionem in rem. In actione enim in personam sine controversia valet quod jam diximus, creditores in universa bona mitti debitoris. In actione in rem visum est Celso aliisque commodius si in rei petitæ possessionem duntaxat petitor mitteretur. Quod Ulpianus referens, *Hoc adnotandum est*, inquit, *Celsum consultum non de latitante sed de absente*, L. Fulcinius §. *Celsus, D. quib. ex caus. in poss.* Si latitet, in omnia ejus bona mittendum erit, ut proxime præcedente §. scriptum est. At jure Canonico indistincte receptum cautumque est in actione reali, ut in rerum duntaxat petitarum possessionem missio fiat, *d. C. ult.* §. *in aliis vero.*

XIV. Illud retulerit quis sit is qui non

in quas missio fit, sed ad illius finem atque effectum. Et P. Frid. *Lib. de Contin. caus. C.* 15. *n.* 3. loqui ea verba de quantitate debiti immissis per sententiam adjudicanda. Accedit Schiford. *Lib.* 1. *ad A. F. Tr.* 7. *Q.* 1. Quem notat, ac Pragmaticos tuetur Rulan. *Add. ad Mar. d. n.* 12. quod *d. C.* 4. verba *secundum mensuram, etc.* non ad venditionem, sed ipsam immissionem referantur. Attamen Vult. 1. *Disc. Schol.* 10. contendit Justin. *d. Nov.* 53. *C.* 4. §. 1. non quidem mutasse jus missionis in res universas, sed distractioni modum præfinivisse, ne si quarundam venditione satisfieri credito posset, reliqua etiam, ceu olim jus fuerit, distraherentur. Quod haud displicet. Quo modo accipietur missio *d. C.* 4. §. 1. quam vulgo vocant ex secundo decreto, ut *infra Cap.* 13. Nam loquitur certe *d.* §. 1. de latente, itemque de missione quæ fit examinato negocio, atque ita pleniori quadam caussæ cognitione prævia. Ergo per *not. h. C. N.* 3. *et d. C.* 13. Atque hoc ante Justinianum quoque Leo sanxit, *L.* 6. §. *sed si hoc* 4. *C. de his qui ad Eccles.* verbis *usque ad modum debiti* bonorum ejus traditio sive venditio celebretur. Quæ nisi violenta et dura interpretatione, eo modo quo Cujac. et Don. *hic d.* §. 1. interpretantur, accipi nequeunt, licet ita Sc. Gent. *d. C.* 24. Nec obstat quod ibidem dicitur, judiciorum solitus ordo servari. Intelligitur enim is qui in rebus ex caussa judicati distrahendis.

(15) Scacc. 1. *de judic.* 96. *n.* 6. *et n.* 35. Coler. *Decis.* 134. *n.* 7. Rulant. *de Commiss. P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 5. *n.* 4. *et seqq.* Et hoc immo juri quoque civili convenit quoad venditionem, ut jam ostensum. Male Cujac. *in Nov.* 53. *Part.* 3. *sub fin.* hoc inde refellit, quia pignus prætorium in universa bona et jure constituitur, *L.* 1. *C. de præt. pig.* Nam hoc solum *d. L.* 1. definit, *licere* etiam id super actionibus decernere, non vero oportere Et immo æque prætorium, ex sententia Donelli, quod ex caussa judicati capitur. Plane ubi res certa, seu species actionis in personam petitur, in eam ipsam mitti notat Rul. *d. C.* 5. *n.* 8.

(16) Multis item aliis modis hanc missionem in realibus actionibus ab altera differre notant DD. quod nempe hic verus possessor fiat etiam citra secundum decretum, quod fructus percipiat, quod lapsu anni res recipi nequeat, de quibus vid. Scac. *de Jud.* 96. *n.* 5. *et seqq.* et de singulis notabo *infra suis locis*, ut *h. C. N.* 19. *et C. seq. N.* 3. *et* 5. Ubi vero lis de possessione super dignitate, personatu vel beneficio ecclesiastico, ex contumacia non fit immissio, sed in caussa proceditur, aut si procedi nequeat, sequestratio fit, *C. un. de eo qui mit. in poss. rei serv. in* 6. vid. Gœd. *de Sequest. C.* 1. *n.* 108. *p.* 157. *et n.* 111. *p.* 172. *et seqq.* ubi unicum hunc casum exceptum statuit, quo missioni ob contumaciam non locus sit. Intellige præter eos quibus natura rei petitæ hanc missionem non recipit; vid. Coras. *in L.* 15. §. *Julian.* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *et* 2. *decreti n.* 22. In illis ipsis autem caussis beneficii admitti missionem vult idem Gœd. *de Sequest. C.* 2. *n.* 3. *et* 4. si de iis non possessionis aut titulo, sed proprietatis controversia mota, per *C.* 2. *Extr. de sequest. C.* 2. *ut lit. non contest. in* 6. et quia *d. C. un.* dicitur *super dignitate, etc. obtinendis.* Secus igitur, ait. si jam obtenta fuerint, et petitorio ad restitutionem agatur. Quomodo et quas in res missio fiat in judicio divisorio, vid. Menoch. *Arb. Cas.* 524. Quid si lis de servitute, vid. *L.* 18. *Si serv. vind.*

(*) Quæcumque ex jure Civili aut Interpretum doctrina cum hic, tum alias in jus canonicum derivavit Summus Pontifex Innocentius, inanis curæ est an illa cum Justiniano prorsus cohæreant, an potius cum interpretum placitis conveniant, scrupulosius inquirere. Satis abundeque est, æquissima hæc esse juris pontificii decreta et frequentissimo prudentum virorum calculo, et perpetuo judiciorum usu comprobata.

defendatur. Itaque et pupillus, et furiosus, et omnes omnino qui curatoribus reguntur, si non defendantur, (17) patiuntur possessionem bonorum. De pupillo est in *L.* 3. §. *contrarium.* et §. *ult. D. eod.* de cæteris in *L. Fulcinius,* §. *adeo, eod.*

XV. Unum genus absentium excipitur; eorum scilicet qui absunt (18) Reipublicæ caussa sine dolo malo, *L. eum qui,* 35. *D. de reb. auc. jud. poss.*

XVI. Ne illud quidem refert vivat debitor an defunctus sit, si neque adhuc quisquam ei heres exstiterit neque defendatur. Cui tamen quia non satis recte dici potest potestatem sui non facere, et quia in eo proprium aliquid servari placet, de eo alia parte hujus edicti nominatim cautum est. Ac de eo ita scriptum est ex Ulpiano in *L. si diu, D. quibus ex caus.* in poss. eat. *si diu incertum si heres exstiturus necne sit, caussa cognita, permitti oportebit bona rei servandæ caussa possideri; et si ita res urgeat vel conditio, bonum hoc etiam erit concedendum ut curator constituatur.* Sed hoc quid sit et quid in caussæ cognitione versetur, tum qua parte juris hac de re caveatur, æque incertum est ex supra scriptis verbis: quod ex verbis Pomponii intelligi potest, quæ exstant in *L. si quis instituatur,* 23. §. *ult. D. de her. inst.* Sunt autem hæc: *Item si conditioni heres parere non potuit quam in sua potestate non habebat, veluti institutione collata in alterius factum aut quendam casum, ille puta, consul factus non erit: tunc postulantibus creditoribus constituit prætor, nisi intra certum tempus hereditas obligerit aditaque fuerit, se bona defuncti a creditoribus possideri, et interim quæ urgebunt per curatores distrahi jussurum.* Et mox *Et ideo ait caussæ cognitionem adjectam propter eos qui sine dilatione peregre essent vel ægritudine vel valetudine ita impedirentur, ut in jus produci non possint vel non defenderentur*; ex quibus intelligitur *L.* 4. *D. de reb. auct. jud. poss.* Ubi heres quidem exstitit aliquis, sed is quem creditores suspectum putent ut quodammodo sit pro absente, creditores exigere possunt ab eo satisdationem pro suo debitu; quam interponi jubet prætor, si constiterit prospici debere iis qui suspectum eum postulaverint. Quod si quasi suspectus satisdare jussus decreto prætoris non obtemperaverit, tunc bona hereditatis possideri, venumque dari ex edicto suo permittere jubebit. Hæc Ulpianus in *L. si creditoris,* 31. *D. de reb. auc. jud. pos.* Ubi plenius docet quid sit in caussæ cognitione.

XVII. Creditores in possessionem missi quam diu in possessione bonorum esse possint videndum est. Et erunt tandiu, quoad is de cujus bonis agitur non defendetur: si cœperit debitor defendi, creditores (19) cedere possessione debebunt: ut quæ caussa est ejus possessionis adipiscendæ eadem sit et retinendæ, *L. si pupillus,* 33. §. *ult. D. de reb. auc. jud. pos.* Id Ulpianus in *L.*

(17) *L.* 5. *ul. de reb. auct. jud.* Plane Gœd. *de Sequest. C.* 1. *n.* 74. fieri hic missionem putat ex contumacia tutorum ac curatorum, contra hos magis quam ipsos pupillos, furiosos aut prodigos; cum illi his damnum tutelæ curæve judicio sarcire teneantur. In ipsorum vero pupillorum potius quam tutorum bona mitti creditores, tum quia illi debitores principales, tum quia ita major pœna tutorum, quibus ob eam caussam infamia quoque metuenda. Sed hæc non conveniunt, mitti contra alium in bona alterius. Ita vero est. In *d. L.* 3. *etc.* fit missio ex peculiari edicti parte; in *d. L.* 7. §. 10. vero non patiuntur hæ personæ missionem sibi damnosam, verum bona venire conceditur (et ut vulgo secundum decretum interponitur) quia ipsi furioso, prodigo, etc. expedit, etc. Quæ plenius hic exsequi non vacat. Confer *h. C. N.* 4. et Coras. *in L.* 13. §. *Julianus* 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *et* 2. *decreti n.* 19. *et seqq.*

(18) Immo horum eadem caussa quæ pupillorum. *L.* 6. §. 1. *Quib. ex causs. in poss.* Proinde et quæ furiosorum per *L.* 7. §. 10. *eod.* Quia ubi in his absentibus eædem caussæ quæ in illis requiruntur, et horum bona recte vendentur, non autem indefinite, arg. *L.* 7. §. 10. *d. titul.*

(19) Quia finis hujus missionis ut tædio istius detentationis contumax in judicium veniat, Gœd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 75. Ergo facto eo ob cujus defectum quis missus merito missio cessat, Moller. 2. *Semestr.* 23. *n.* 14. Et in actionibus quidem in personam usque ad 30. annos recipi possessionem posse, si nondum interpositum 2. decretum volunt. In realibus vero non, nisi intra annum venerit cautionemque obtulerit, per *L. pen.* §. *pen. C. de præscript.* 30. *annor.* vid. Coras. *in L.* 15. §. *Julianus* 16. *de dam. infect. Summ.* 1. *et* 2. *decreti n.* 21. Coler. *P.* 1. *Process. C.* 2. *n.* 51. Scaccia 1. *de Judic.* 96. *n.* 8. Wurms. *Tit.* 7. *Obs* 7. *n.* 2. *et* 3. Quia elapso anno in realibus, perpetuus possessor effectus, ut not. *C. seq N.* 5. Excipitur, nisi a judice terminus præfinitus reo, intra quem comparens de jure suo doceret, ac is lapsus, Coras. *d. loc.* et Wurmser. *d. Obs.* 7. *n.* 6. et nisi jus immissi liquidum, aut in continenti probetur, Wursm. *d. loc. n.* 7. ubi non nisi soluto debito missus possessione cedit, Moller. *d. C.* 23. *n.* 12.

2. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* colligit ex eis verbis edicti *Neque defendetur: quæ*, inquit παραττικῶς *scripta sunt*, idest ita ut tractum habeant temporis, *ut neque sufficiat*, inquit, *unquam defendisse si non durel defensio, neque obsit si nunc offeratur*. Neque obsit, intellige non defendisse aliquando: si nunc offeratur, intellige, defensio.

XVIII. Illud mirum videri potest, cum hujus clausulæ sententia abunde omnibus hoc debitoribus tribuatur ut, exsistente defensore, creditores qui in possessionem bonorum missi sunt poss ssione decedere debeant, quid sit quod alia clausula prætor in persona puberis nominatim hoc edixerit: si is defendetur, se eos qui bona possident possessione decedere jussurum. Exstat clausula *L. 5. §. prætor. D. quib. ex caus. in pos.* Quid enim? an veremur ne quod beneficium omnibus generaliter etiam majoribus tribuitur, id quisquam putet ad adolescentes non pertinere? Et sciendum est, ut nominatim prætor aliquid in hac de re pubere ediceret, in caussa fuisse quod de impubere edictum erat. Differt enim impuberis conditio a cæterorum debitorum conditione circa possessionem bonorum. Nam cæteri sive a se sive ab alio defendantur, non patiuntur possessionem. Pupillus autem hanc non evitat aliter quam si defendatur ab alio, ut supra dictum est. Necesse erat hoc jus de pupillo constitutum et post pubertatem ejus manere, nimirum ut si is qui modo impubes erat et cujus bona ideo possessa sunt quia ab alio non defendebatur, pubes factus sit, ejus bona perpetuo ita possideantur, quanvis ipse defensionem offerat: hoc, inquam, jus manere erat necesse, nisi prætor nominatim ediceret, idem se de pubere constituere quod de cæteris debitoribus: nempe satis esse omnes defendi, ut creditores decedant de possessione bonorum; ut intelligeremus satis esse eos defendi non tantum ab alio, quod ante pubertatem exigebatur, sed etiam a se. Scilicet quia jam personæ conditio mutata sit cum ætate. Qui enim pubes factus est, etiamsi in cæteris bonis curatorem constitutum non habeat, judicio tamen agere potest et conveniri, curature ei in litem dato. Nam et obligari potest. Sic fit ut, dum debitor defendatur, quisquis is sit, creditores possessionem bonorum debeant amittere; dummodo hi exsistant defensores qui, si a principio extitissent, non mitterentur creditores in possessionem.

XIX Monendi tamen sumus, non debere aliter creditores decedere possessione, quam si actio amissa intermedio tempore bis restituatur, et (20) sarciatur si quid detrimenti per absentiam debitoris datum est. Quod a Juliano scriptum in eo qui prohibebat vicinum aquam ducere, neque sui potestatem faciebat ut secum agi posset, et positum in *L. is cujus. D. si ser. vind.* Justinianus confirmavit generaliter in omnibus caussis in *Nov. 53. de exhib. reis*, §. *Si vero*, atque hoc adjecit amplius, non prius audiendum esse reum qui rediisset, quam si (21) dedisset fidejussorem judicio sistendi caussa; quanvis alioqui non esset is a quo exigeretur a principio satisdatio.

(20) Quare hic expensæ actori refundendæ Menoch. *Arb. Cap.* 6. *n.* 7. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 6. *n.* 30. Scaccia *d. C.* 96. *n.* 8. Neque etiam unquam facile auditur contumax, nisi refectis expensis, Vir. *Lib.* 1. *Deciss.* 11. *n.* 1. *et* 2. Maranta *Part.* 6. *Tit. de contumac. n.* 16.

(21) Quomodo oblata satisdatione, sequestratio quoque et arrestum tollitur, Gail. *de Arrest. imperii. C.* 1. *n.* 21. *et Cap.* 2. *n.* 7. *et* 14. Coler. *de Process. execut. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 75. *et Dec.* 34. *n.* 24. Gœd. *de Sequestr. C.* 3. *n.* 14. *et seqq.* Ant. Del Re *de Jure cal. C.* 15. *n.* 222. vid. tamen Leonin. 7. *Emend.* 1. *n.* 9. Quid si præstare nequeat fidejussores? Sufficere juratoriam vult Wurmser. *Tit.* 7. *Obs.* 7. *n.* 1. Quod tamen non obtinebit, si antea jurata cautione præstita contumax, ut *supra Cap.* 9. *sub fin.* vid. Marant. *P.* 6. *Tit. de Contumacia n.* 22. *et seqq.*

## CAP. XII.

Ei qui in possessionem honorum missus est, vim fieri non debere, Quid sit hic possessio; quid creditures hanc nacti consequantur: ad titulum, de rebus aucturitate judicis possidendis.

*Quæ interdicti pœna adversus vim facientem misso in possessionem: quatenus hæc in jure canonico evitetur.* I.
*Missio in possessionem quid valeat, et quod jus tribuat aut neget creditori.* II.
*Etiam jus pignoris in re possessa creditori tribuit; quid huic juri consequens.* III.
*Quid de hereditariis instrumentis et rationibus creditori liceat.* IV.
*Actio in factum inter creditores et eum cujus de bonis agitur, mutua.* V.
*Jure suo omni ita potiuntur creditores, si a prætore missi sunt in possessionem, vel omnes vel eorum aliquis.* VI.
*Hoc posteriore casu, quatenus alii veniant in possessionem et partem ferant e distractis rebus.* VII.
*Necessarium creditoribus ut ab uno saltem illorum ventum fuerit in possessionem bonorum.* VIII.

I. Qui in bona missi sive ire jussi sunt, hoc consequuntur, ut in bona suo jure ire possint. Quibus si vis fiat quo minus in ea veniant, prætor alia parte edicti eos tuetur, et judicium in factum adversus eum qui vim fecit vel dolo malo prohibuit possidere in possessionem missum, constituit, quanti (1) ea res est ob quam is qui agit missus est, *L.* 1. et *toto tit. D. Ne vis fiat ei, qui in pos. mis est.* Quo judicio sive interdicto non liberatur reus, quanvis cautionem offerat judicio sistendi caussa; sed hoc ei tantum prodest ad possessionem obtinendam, ne creditor in ea sit, *L. pen.* §. *ult. C. de præscript.* 30. *vel* 40. *ann. C. ult. ut lit. non contestat.* Jure pontificio, ecclesiasticis personis et illud indulgetur ut interdicti illius pœnam evitent cautionis illius oblatione intra annum, quo scilicet interdictum conclusum est, *C.* 1. *Extr. de dol. et contumac.*

II. In bona cum venerint, tum eorum possessionem naciscuntur; quo verbo non possessio proprie, sed magis custodia et observatio rerum eis concedi intelligitur, non in hac specie tantum, sed in omnibus aliis caussis ex quibus in possessionem iri solet, *L.* 3. §. *ult. D. de acq. poss. L. cum legati,* 12. *quib. ex cau. in pos. eat.* ut consequens sit, multo minus dominium ex hac caussa (2) acquiri. *L. in possessionem, C. de bon. auc. jud. pos.* ne tamen fructus interim depereat dum bona possidentur, non tantum placet, si quis fructus ex prædio debitoris capi potest, posse creditorem eum fructum vendere et locare; sed etiam ex bona fide id facere jubetur: cique rei formam edicto præscripsit prætor, cavens, quando id facere possit creditor, quis possit ex pluribus, si forte plures in possessionem bonorum missi sunt: de qua re diligenter et dilucide scriptum est in *L. in venditione,* 8. §. 1. *usque ad fin. L. D. de reb. auc. jud. pos.* Sed, ut sciatur nihil habere creditorem in eo præter rei administrationem fructus, et quicquid ex re consecutus est, aut (3) in sortem imputare cogitur aut restituere, *L. prætor,* 9. *L. creditore,* 14. *D. de reb. auct. jud. poss.* Proinde nec si creditores inopes sint, id consequuntur, ut ex rebus in quarum possessionem missi sunt, alantur, *L. Fulcinius, quib. ex caus. in poss.* In caussa tamen hereditatis, quia is agit qui se verum heredem esse contendit, ne forte si sit verus heres fiat illi injuria, si ex re sua ali non possit, constitutum est, ut si posssessor sui copiam non faciat ac nimia ejus contumacia videatur, sic petitor indu-a-

(1) De quo vid. Oldend. *Cl.* 2. *Act.* 5. Sebast. Medic. *de Conservan. possess. p.* 2. *Glo.* 2. *n.* 4. *et seqq. p.* 567 Menoch. *Retin. poss. Remed.* 1. P. Frider. 2. *de Mand. judic.* 57. *n.* 4. *et seqq.*

(2) Et nec ex secundo decreto, si cum DD. loqui licet, aut edicti parte alia. vid. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tr.* 7. *Quæst.* 5.

(3 Vid. et Gail. *de Arrest. C.* 12. *n.* 8. Gord. *de Sequestr. C.* 2. *n.* 5. *et* 3. *seqq. et n.* 16. ubi si male in his versetur immissus, eosve dissipet, fructuum sequestrationem fieri ostendit per *d. C.* 2. *Extr. de sequestr.* in realibus ex receptiori opinione. qua missus verus possessor statuitur, ut *N. præced.* eundem fructus lucrari, nec illos sortem extenuare docet Sig. Scacc. 1. *de judic.* 96. *n.* 7. Soluto vero ex fructibus debito, cujus caussa missus, num alterius debiti nomine bona retineri possint, vid. Moller. 2. *Semestr.* 23. *n.* 11.

tur in possessionem rerum hereditariarum, ut ex his etiam fructum possit percipere, qui (4) lucro ejus cedat, *L. Fulcinius*, §. *ult. eod.* Possessio et custodia, quam dixi (ne quis forte eam, cum nuda sit, inutilem putet) huc spectat ut saltem (5) tædio perpetuæ custodiæ extorqneat a debitore id quod injungitur, nempe ut veniat, *L.* 5. in pr. *D. ut in poss. leg.*

III. Sed præter custodiam et possessionem rerum, etiam pignus (6) constituitur creditori qui jussus in possessionem venit, *L. non est mirum*, *D. de pig. actio.* Pignus cum creditori constitui dicimus, hoc dicimus sic res subjici potestati creditorum qui in possessionem missi sunt, ut nihil inde possit debitor attingere, non magis quam si res essent ab ipso pignore obligatæ; tum ut quæ inde nata sunt, omnia habeantur jure pignoris: quæ res facit ut, bonis a creditoribus possessis, nihil liceat domino de his ne ad vescendum quidem sumere. Exceptus est pupillus de quo ita scriptum est in *L. si pupillus*. 33. *D. de reb.* aut. jud. poss. *Si pupillus ex contractu suo non defendatur, ideoque bona ejus creditores possidere cœperint; deminutio ex his bonis fieri debet vescendi pupilli caussa.* Idem expressum est (7) in *L. ult. D. eod.* quod jus et ad furiosum, prodigum et cæteros qui curatorum ope juvantur transferendum videtur, hac ratione quod istorum omnium status et habitus a pupilli conditione non multum abhorreat; nam et hoc argumento alibi Ulpianus quod in pupillo constitutum erat colligit et in istorum, quos dixi, persona exemplo pupilli esse servan-

(4) Quod singulare esse in petitione hereditatis, cui et alias multa specialia ut *L.* 11. *Cod. de pet. her.* docet Coras. *in d. L.* 15. §. 16, *Summ.* 1. *et* 2. *decreti num.* 33. Verum alii plerique ob magnam contumaciam Rei, sine caussæ respectu, vere res ejus possideri, etiam secundo decreto non interposito, produnt, vid. Menoch. *Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 178. *et seq.* Coler. *P.* 3. *C.* 12. *n.* 46. Sed Gædd. *de Sequest. C.* 2. *n.* 15. intelligit *d.* §. *ult.* de secundo decreto, quippe cui caussam det nimia et perseverans rei contumacia. Enimvero si duplex decretum DD. in hac missione recte statueretur, omnino de ea quæ ex secundo decreto accipienda hæc essent, Et sane illa omnia quæ post *L.* 7. §. 1. *Quib. ex caus. in poss.* habentur *et t. tit. de reb. auct. judic. possid.* non pertinere ad priorem edicti partem quæ *L.* 2. *pr. Quib. ex causs. in poss.* relata videntur, Cæterum arg. *d.* §. *ult.* statunnt Menoch. *d. loc. n.* 179. Coras. *d. loc. n.* 34. et Coler. *d. Cap.* 12. *n.* 97. statuto vel consuetudine effici posse ut immissus ob adversarii contumaciam ex primo decreto fructus lucretur.

(5) Unde hanc tædialem possessionem vocari scribit Menoch. *Retin. possess. Remed.* 3. *n.* 170. Quem de hoc vid. *ibidem et in n. seqq.* Et Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 10. *n.* 45. *et seqq. ac P.* 3. *Cap.* 10. *n.* 2. *et* 3. Vacon. 2. *Declar.* 34. *n.* 14. Gail. *de Arrest. C.* 12. *n.* 8. Gædd. *de Sequestr. Cap.* 2. *n.* 7. *et* 8. Atque hoc admittunt omnes regulariter in actionibus in personam, quoad bona immobilia. Veram autem possessionem misso in mobilia acquiri docent, vid. Coler. *P.* 3. *C.* 12. *n.* 45. Et in realibus quoque actionibus veram possessionem acquiri etiam intra annum, post annum autem perpetuam ac irrevocabilem plerique statuunt, vid. Coras. *in L.* 15. §. *Julianus* 16. *de damn. infect. Summ.* 1. et 2. *decreti n.* 20. Gabr. Sarayna *Annot. ad Mathesilan. Sing.* 85. Coler. *d. C.* 10. *n.* 1. *et d. C.* 12. *n.* 44. Blarer. *in L. diffam. C.* 2. *n.* 10. *pag.* 69. Gail. *de Arrest. C.* 1. *n.* 7. Scaccia 1. *de judic.* 96. *n.* 8. Moventur *L. pen.* §. *pen.* verbis: prior possessor, *Cod. de præs.* 30. *ann.* Quod non inscite impugnant Menoch. *d. Remed.* 3. *n.* 208. *et seqq.* Gæd. *de Sequestr. C.* 2. *n.* 9. *et seqq.* quem adi. Et Pacian. 1. *de Probat. ultim. n.* 38. *et seqq.* Enimvero Coler. *d. C.* 12. *n.* 14. *et seqq.* et alias quoque et in universum 10. exceptiones profert, quibus nempe propria possessio missione hanc trasferatur. Quid jure Saxonico vid. not. *Cap. præced. N.* 3.

(6) Et hoc pignus prætorium, per *L.* 2. *Cod. Qui pot. in pignor. L.* 3. *D. Ut in poss. L.* Hot. *ad L. properand.* 13. §. 1. *Cod. de judic.* Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 6. Donell. *de Pignor. C.* 6. Coler. *de Process. exsec. Parte* 1. *C.* 2. *n.* 53. Gæd. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 109. *pag* 163. Quod differre a conventionali notat Menoch. *Arb. Cas.* 6. *n.* 7. 1.° In hoc majus jus creditori ac possessio. 2.° Hoc non redditur. nisi debito soluto. Prætorium vero istud refusis impensis et purgata contumacia. Differt quoque hæc missio ab arresto, quod non sit custodiæ caussa et in rem quoque litigiosam exerceatur, Gæd. *in Rub. Extr. de sequestr. n.* 20. licet multi cum eo confundant, vocantes speciem arresti: quod non convenit nisi abusive ex affinitate quadam ratione effectus, idem Gæd. *ad Cap.* 1. *dict. tit. n.* 111. *pag.* 117. Et a sequestratione, per quam nec detentatio aut nuda (ut barbare loquuntur) tenuta creditori tribuitur, sed res custodiæ alterius certa lege committitur. Coler. *dict. P.* 1. *C.* 2. *n.* 61. *et seqq.* Nec ea creditor pignus prætorium consequitur.

(7) Vid. Cujac. 24. *Obs.* 17. qui *dict. L. ult. pr.* duplici correctione emendat legens *pupillo*, etc. *in possessione bonorum. etc.* resecta vocula *minoribus*. Verum non insolens Jurisconsulti transitus ab unitatis ad multitudinis numerum ut *not. supr. Lib.* 18. *C.* 2. *N.* 27. Proinde emendationis haud eget locus.

dum. *L. Fulcinius*, §. *plane*, *quib. ex caus. in poss.*

IV. De instrumentis et rationibus hereditariis quid in his possidendis, in inventarium referendis et describendis permittatur creditoribus, dilucide scribit Ulpianus in *L. cum plures*, 15. *D. de reb. auct. jud. poss.*

V. Quoniam autem per occasionem possessionis bonorum creditores multa ex rebus consequi, alia in iis deteriora facere possunt; contra et ipsi in his ex bona fide sumptus facere: hac de caussa actio in factum invicem proposita est a prætore inter creditores et eum cujus bona sunt possessa: qua de re exstat edictum prætoris et ejus interpretatio in (8) *L. prætor*, 9. *D. de reb. jud. auct. poss.* idem continet *L. creditore*, 14. §. *ult. D. eod.*

VI. Hæc quæ supra scripta sunt quæ consequi creditores diximus, meminisse oportebit sic illos consequi si in bona rei a prætore jussi sint, ut edicto expressum est, idest missi sint in possessionem bonorum, sive ad bona occupanda et possidenda. Id ergo a prætore impetrandum est. Sed sciendum est si unum postulantem prætor ire in possessionem jusserit, eum omnibus aliis creditoribus permisisse videri, *L. cum unus*, 12. *D. de reb. jud. auct. poss.* Plus dicimus, si is qui missus est in possessionem bona possidere coeperit non sibi tantum, sed etiam (9) aliis possidebit, *L.* 5. §. *alia*, *D. ut in poss. legib.*

VII. Ergo alii, cum volent, in possessionem venient sine novo permissu, ac si quid ex bonis distractis redactum sit, etiam partem ex eo ferent; sed ea lege et conditione quæ constituta est in hac re a Justiniano in *L. ult.* in princ. *D. de bon. auct. jud. poss.* Nempe hac, si cum domicilium haberent in eadem provincia in qua bona possessa sunt, venerint intra biennium; cum autem domicilium haberent in alia provincia, venerint intra quatuor annos: et simul utrique impensas quas hi qui in possessionem missi erant fecerunt, pro modo æris alieni iis refuderint. De quibus ille vult fidem haberi earum auctoribus jurantibus se eas fecisse.

VIII. Non est satis creditorem in possessionem bonorum esse missum, ut illa consequatur quæ dixi, possessionem, inquam, et pignus bonorum; sed etiam (10) venire oportet. Nam ut nulla in universum possessio acquiritur nisi corpore, *L.* 3. in pr. *D. de acquir. possess.* sic nec contrahitur pignus prætorium aliter quam si ventum sit in possessionem, *d. L. non est mirum*, *de pig. ac.* Unum quidem venire satis est, ut cæteri possidere videantur, ut ante dixi, *L.* 5. §. *alia*, *ut in poss. leg.* interim vel unum saltem venire oportet. Sane si per eum qui missus est et quem venire volumus, non stet quominus incipiat possidere, sed stet per naturam aut vim majorem, *recte dicitur*, inquit Paulus, *non esse quod possideatur*. Hoc Paulus in *L. cum unus*, 12. §. *ult. de reb. jud. auct. poss.* quod ex *L. quamvis*, *seq.* sic interpretandum est; perinde haberi debebit, quasi creditor possideret. Tunc enim adipisci debet possessionem creditor, cum est quod possideatur.

(8) Quæ etsi ex dolo *d. L.* 9. §. *ult.* in factum tamen datur *d. L.* 9. *pr.* Sed sine dolo admissó non tenet *d. L.* 9. §. 5. Et dari eam intra annum etiam hodie vult Cujac. *in Paulo ad L.* 10. *d. tit.* nec ex quo de dolo actioni biennium præfinitum, etiam huic.

(9) Unde Græci vocant τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειστῶν Petr. Fab. *ad L.* 148. *de R. J. initio* Cujac. *in Paulo ad d. d. L.* 12. Quare et impensæ ad omnes pertinent, quia commune negocium est, *L.* 9. §. 4. *eod.* Atque huc respicere regulam *d. L.* 148. ostendit ib. Petr. Fab. Effectus ut qui prior missus in hoc prætorio pignore non sit potior jure, sed æqualis omnium caussa, nullo inter eos ordine servato, Cujac. *d. loc.* Si nempe omnes Chirographarii *L.* 6. *Cod. de bon. auct. judic. possid.* Petr. Fab. *d. loc.* Coler. *de Process. Parte* 1. *Cap.* 2. *n.* 52. *et Parte* 3. *C.* 12. *n.* 89. Vital. 2. *Var. Lect.* 14. *n.* 2. Ranchb. *Parte* 2. *Q.* 9. *n.* 6. Atque hujus juris usum adhuc superesse, nec *Nov.* 53. *Cap.* 4. §. 1. sublatum adstruit Petr. Frider. *Lib.* 3. *de Comment. causs. Cap.* 15. *n.* 3.

(10) In quo differt prætorium pignus a conventionali, Donellus ad *tit. C. de præt. pign. n.* 8.

## CAP. XIII.

### Quorum bona ex edicto distrahi possint, et quando.

*Bona fraudationis caussa latitantium dumtaxat juberi distrahi a prætore.* I.
*Quis fraudationis caussa latitet; et adversus quos fraus esse debeat.* II.
*Item bona defuncti cui nullus exstabit heres, aut aliquis pupillus vel furiosus qui non defendantur.* III.
*Defuncti exitum patitur deportatus, et relegatus.* IV.
*Item bona furiosi et prodigi, ex caussa; et si non defendantur.* V.
*Non autem pupilli bona quandiu impubes erit, et qualenus cum illo contractum.* VI.
*Quid cum pupillo contractum habeatur.* VII.
*Quo tempore latitantis et defuncti sine successore et furiosi bona distrahi permittetur.* VIII.

I. Quorum bona ex edicto prætoris possessa sunt, ea etiam jubet (1) distrahi. sed neque omnium, verum (2) latitantium tantum bona et similium; neque statim, sed ita si res exigat, ut est in *L. item*, §. *cæterum*, *D. ex quib. caus. major.* Quæ quid valeant, et primum quorum permittat bona venundari videamus. Et in iis quidem qui vivunt et sui potestatem facere possunt ut sit cum ipsis experiundi copia, non aliorum bona prætor jubet vendi, quam eorum qui latitant frandationis caussa: de quo ita edictum conceptum est in *L. Fulcinius. quib ex caus. in poss. eat. Qui fraudationis caussa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, ejus bona possideri vendique jubebo.* Jubet ergo prætor bona vendi; sed his conditionibus, si et latitet reus, et latitet fraudationis caussa.

II. Latitat omnis qui uspiam se occultat

(1) Vulgo DD., duo decreta agnoscunt. Et ex contumacia perseverante post missionem ex primo decreto, interponi secundum decretum et sic deinde ad distractionem bonorum veniri, Menoch. *Arb. Cas.* 6. Scaccia 1. *de judic.* 96. Revard. *Protrib. Cap.* 3. *cir. fin.* Coras. *ad Leg.* 15. §. *Julianus* 16. *de damn. infect. Summ.* 1. *et* 2. *decreti*, Asin. *de Exsecut.* §. 7. *Cap. ultim.* Gord. *de Sequestr. Cap.* 2. *n.* 14. *et seqq.* (ubi et in realibus hoc necessarium statuit, contranitente Coras. *d. loc. n.* 28. et Gail. *de Arrest. Cap.* 1. *n.* 17. *et seqq.*) Scip. Gentil. 1. *de Jurisd.* 24. Quibus aliqui 3. decretum addunt, Hot. *ad L.* 13. §. 1. *Cod. de judic.* Sed verius est, uti nullibi mentio secundi decreti in jure, præterquam in caussa damni infecti *dict. L.* 15. §. 16. agnoscente Coras. *ibidem in Prælud. n.* 23. *in fin.* ita nec in aliis caussis id interponi. Gasp. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad* Anton. Fab. *Tr.* 7. Quæ et olim sententia *glossæ in L.* 4. *de juris l.* teste Maranta *P.* 6. *Titul. de Contumacia n.* 12. ac nulli hic decreto locum esse, Cujac. 31. ut not. *supr. Cap.* 11. *N.* 3. Distinguendum vero potius inter diversas partes edicti. Et quidem contra eum qui judicio sisti cavit, primo in bona ire jubet Prætor. *L.* 2. §. 1. *Quib. ex causs. in poss.* postea bona ea veneunt ex alia parte edicti, *L.* 6. §. 1. *eod.* Ast contra latitantem frandationis caussa ex una eademque edicti clausula, *L.* 7. §. 1. *dict. tit.* bona possideri vendique jubentur. Neque diverso hic tempore duo decreta, neque etiam duo jussus interponuntur: tametsi ad venditionem non protinus, sed tempore transacto veniatur. *L.* 9. *Codic. de bon. auct. judic.* vid. not. *Cap.* 11. *N* 6. *et h. C. N.* 7. Ceterum de horum distractione et subhastationibus earumque jure ac solemnibus fuse Rebuff. *Tract. de Præconiis et Licitat.* Ægidius Magister *Decis. in Tr de Bon. proscript. seu subhastationibus*, Jodoc. Damhuder. *Subhastationum Compendio et Exegesi*, Jo. Bapt. Asin. *de Exsec.* §. 4. *Cap.* 70. *et Cap.* 83. *et seqq. Cap.* 86. *et* 126. ac fusius §. 6. passim Coler. *de Process. P.* 3. *Cap.* 4. *n.* 73. *et seqq.* Parlad. *Rer. quotid. Cap. fin. Parte* 5. §. 8. Hot. *ad L.* 13. §. 1. *C. de judic. et Cons.* 23. Pinell. *ad L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 2. *n.* 24. *et seqq.* Coras. *SC. Tolos. C.* 7. Ant. de Gamma *Decis.* 40. 77. 95. 198. *et* 232. Magon. *Decis.* 131. Moller. 1. *Semestr.* 12. *ac* 4. *Semestr.* 5. *et ad Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. Modest. Pist. *P.* 1. *Quæst.* 12. *et P.* 4. *Quæst.* 142. P. Heig. *P.* 1. *Quæst.* 35. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 46. Jac. Schult. *Q. Tract.* 42. Jo. Meichsner. *Tomo* 2. *Decis.* Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 8. *et P.* 4. *Lib.* 8. *Cap.* 5. Munnoz. *de Ratiocin. C.* 16. Hering. *de Fidej. Cap.* 6. *n.* 18. *et seqq.* Barthol. Musculus *de Success. convent. Classe* 1. *Membro* 3. *pag.* 63. *et seqq.*

(2) Ita et Cujac. 10. *Obs.* 31. (ubi declarat quis sine latitatione absit) Coler. *Decis.* 134. *n.* 8.

ut creditorem evitet, vel qui subterfugit idque efficit ne secum agi possit; ubicunque tandem sit, sive profugerit ex urbe, sive in urbe (3) agens copiam sui non faciat, *L. cum qui*, 36. *D. de reb. jud. auct poss. L. Fulcinius*, §. *latitare*, §. *illud sciendum*, *D. quib. ex cau. in pos.* Sed fraudationis caussa latitare oportet, ut in eo et fraus insit et consilium fraudandi, arg. §. *prævaluisse*, *Inst. qui et quib. ex caus. manu. non pos.* Itaque sive creditores non fraudantur sive fraudantur quidem, sed non ideo latitat reus ut fraudet, edicto locus non erit: fac aliquem esse qui præsens judicium pati non compellatur, hujus bona non distrahentur; quippe nihil facit frustrandæ actionis caussa, inquit Ulpianus, qui in ea caussa est, *L.* 3. *D. de jud.* id est nihil facit ut frustra sit actio et inanis, sive ut creditor ea actione nihil consequatur; et recte. Nulla enim fuit actio creditori adversus eum qui conveniri, etsi præsens esset, non posset. Sed etsi fraudet creditores reus frustrando eorum actionem absentia sua, si tamen absit fraudandi consilium, cessabit edictum. Proinde si tyranni crudelitatem timens aut vim hostium aut domesticas seditiones se occultet, ejus bona non vendentur ex edicto; quia latitat ille quidem, sed ut sibi et vitæ suæ consulat; non hoc animo ut quenquam fraudet, *L. Fulcinius*, §. *cum hoc*, §. *quid sit autem*, *D. quib. ex caus. in. pos. eat.* Sed nec cujusvis fraudationis animus satis est ad venditionem bonorum. Ea fraudatio in hoc edicto accepta est per quam id agitur, non ut alius quivis fraudetur, sed ut fraudentur creditores, *d. L. Fulcinius*, §. *sed et is.* Adeoque id valuit, ut si adversus quosdam creditores consilium sit se occultare, adversus quosdam non sit; ii soli possint impetrare venditionem, adversus quos reus latitet, *d. L. Fulcinius*, §. *quid si, et seq.*

III. Num ergo aliorum bona non venduntur ex edicto quam latitantium? Si sunt, inquam, bi quibus cum actio et judicium esse potest natura, non aliorum. Dum enim sunt qui conveniri possunt, spes est eos venturos esse et potestatem sui facturos; nec vero interim deterius quidquam adversus eos consuli oportet qui nihil faciunt fraudandi caussa, et quos credibile est possessione rerum suarum excitari posse ut veniant et bunis suis consulant; præsertim cum ea possessione cautum sit creditoribus, utpote pignore prætorio illis constituto. Et quidem ad eos tantum superius edictum pertinet, quippe in quos solos cadit ut latitent (4); at si certum sit nullum debitorem superesse, quod accidit cum debitor defunctus est et nemo ei heres extitit; aut is debitor sit cum

(3) Ut si se in eodem foro occultet circa columnas *d. L.* 7. §. 13. *d. L.* 36. Quod de columnis in foro positis, et quibus id refertum accipiunt Alc. 4. *Parerg.* 27. Cujac. 1. *Obs.* 13. *et* 11. 8. Sed Hot. 2. *Amicnb.* 13. intelligit non quibus porticus fori substinebantur; quæ enim ait illa latitatio, nisi perdicis similis, putantis capite occultato se probe latere? sed quæ basilicas sustinebant, ad quæ tribunalia posita. Aut circa stationes *d. L.* 7. §. 13. ubi Cujac. 1. *Obs.* 13. ea voce submota, reponit *statuas*, quia ita Sidon. *Lib.* 1. *Epist. ad Montium.* Alii fugere post statuas, occulti post columnas. Sed notatur a Briss. 2. *Antiquit.* 12. quia in foro Romano stationes fuerint seu tabernæ, Sveton. *Nerone C.* 37. Agell. 13. *Noct.* 13. *L. pen. C. de operibus publ.* Unde statio adjungitur tabernæ, *L.* 15. §. 7. *de injur.* Eum rursus notat Cujac. 2. *Obs.* 40. quod stationes diversæ a tabernis et ab iis distinctæ *d.* §. 7. loca significent, quibus homines frequentes convenire solent. Sed Hot. 2. *Amicnb.* 13. *stationum* quidem verbo varios hominum congressus denotari. Fas vero *d.* §. 13. non significari, cum in plerisque nihil impedimenti fuerit quo minus inde in jus vocari debitor, sive manus injici possit; sed quæ juris judiciive audiendi et circumsistendi caussa fiebant in basilicis vel foro. Denique Rævar. 4. *Var.* 7. stationes immo istas intelligit, ac illa verba exponit de eis qui se stationibus, id est congressibus convenientium ita immiscent, ut eo medio conspectum adversariorum fugiant. Sic enim Ambros. *Serm.* 25. stationes vocantur quod stantes et commorantes in eis inimicos insidiantes repellamus. Plura de latitante, Cujac. 11. *Obs.* 8. P. Vander. *de Privil. credit. C.* 16. ubi et Ciceronem *pro Quintio* sine justa caussa notari ab Ulp. *in d. L.* 7. §. 4. scribit, eo quod Cicero eam latitationem definierit quæ edicto expressa. Hos debitores vespertiliones dici quod interdiu delitescentes metu creditorum, noctu tantum prodeant, ostendit Tit. Pompa *de Operis servor. p.* 98. ita exponens vespertilionem servum, *L.* 31. *de evict. L.* 72. §. *pen. de sol. juxta vulg. lect.* Ceterum ut sciatur an latitet, id investigatur per denunciationem ad domum prædiumve factam, *L.* 4. §. 5. *de dam. infect. C.* 1. *et* 2. *de furo comp. in* 6. Denunciatio hæc fit solenniter et testato; et si præsenti, attestatur: sin absenti, detestatur, *L.* 39. §. 2. *de D. S.* ubi vid. Gœd.

(4) Quid igitur in bannito et num contra hunc cesset 2. decretum, tanquam qui se defendere nequeat nec vere latitet. vid. Nellus de S. Geminiano *Tr. de Bannitis Parte* 12. *Div. temporis n* 65.

quo non sit experiundi potestas nec certum sit aliquando fore, quantumvis corpore præsens sit; simulatque constiterit istos non defendi, non solum mittit prætor creditores in possessionem bonorum talium debitorum, sed etiam venire jubet: frustra enim exspectatur dum veneant ii qui aut non sunt aut perinde habentur quasi non sint. Ergo alia parte edicti prætor istorum bona permittet vendi quos subjicio. Primum defuncti cujuslibet cui nemo heres extitit; de eo quidem debitore cui filius pupillus heres extitit et postea hereditate patris se abstinuit, sic scribit Paulus in *L.* 6. *D. de reb. jud.* auct. poss. *Si non expedierit pupillo hereditatem parentis retinere, prætor bona defuncti permittet venire, ut quod superaverit pupillo restituatur.* Hæc, inquam, Paulus pupillo herede se abstinente. Sed non eo minus idem permittetur, si filius major annis vigintiquinque heres extiterit patri, et se hereditate abstinuerit; multoque magis idem fiet, si extraneus repudiaverit hereditatem. In illis enim pariter contingit ut nemo sit defuncto heres cum re; in hoc, ut ne existat quidem. Et sane si pupilli persona alioqui favorabilis non obstat creditoribus paternis bona patris distrahentibus; multo minus cæterorum heredum qui repudiaverunt aut se abstinuerunt, his obstabit quominus bona vacantia distrahantur. Scribit Ulpianus in *L.* 1. in pr. *D. de succes. ed.* in hæc verba: *Bene igitur prætor putavit præstituere tempus iis quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successionem, ut maturius possint creditores scire utrum habeant cum quo congrediantur an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant; quasi sine successore defuncto.* Creditores ad possessionem bonorum processuros dixit, nihil amplius: idemque in hac specie scriptum est, in *L. si bona, C. de bonis auct. jud. poss.* sed qui dicit creditores processurus ad id quod primum est, cætera quæ sequuntur eis non adimit, et quo bona possidere licere creditoribus et pignus prætorium in his constitui, si ea pignoris jure distrahere non licet, et inde suum consequi. Non tantum autem, si defuncto nullus sit heres, bona a creditoribus distrahi possunt ex edicto; sed etiamsi pupillus aut furiosus patri heredes extiterint neque defendentur, *L.* 3. *quib. ex causs. in poss. eat.* Nam ii sunt cum quibus judicium non possit consistere, quoniam jure obligari non possint.

IV. In bonorum distractione mortui existum patitur non tantum qui perpetuo exsilio damnatus est, sed etiam qui temporario. De quo hæc Papiniani verba sunt in *L. ad cognitionem*, 13. in fin. *quib. ex caus. in poss.* Nam et exsilio temporario (id est relegatione) puniti si defensor non exsistat, bona veneunt: non est in eadem caussa qui ab hostibus captus est, quia nihil deliquit, *L. ult. D. de reb. jud. auc. posses.*

V. Ut defuncti cui nemo heres est, sic furiosi, prodigi, cæterorumque qui curatorum consilio reguntur et in eorum perpetua curatione sunt, bona permittit prætor vendi, si nemo exsistat eorum defensor; sed caussa cognita: idest si urgeat æs alienum, et dilatio damnum allatura sit creditoribus; quæ ita vendi jubentur, ut quod supersit supra scriptis personis detur: hæc prope totidem verbis in *L. Fulcinius*, § *plane, quib. ex caus. in poss.*

VI. Inter istos non numeratur pupillus, quanvis non defendatur: propterea quod, cum sit constitutum tempus cum possit conveniri, nempe pubertas (potest enim pubes et judicio agere et conveniri, curatore ei in litem dato) id tempus jubetur expectari creditoribus de eo quod cum ipso pupillo contractum sit: si quidem enim contractus ex persona patris descendat, recte visum est Marcello, ut Ulpianus refert in *L.* 3. *quib. ex causs. in poss. eat.* patris cui pupillus heres extitit, bona et possideri posse et (5) vendi. si pupillus non recte defendatur; esse enim perquam iniquum, eum qui nihil cum pupillo contraxit, exspectare ejus pubertatem: cæterum si quid cum pupillo pupillave contractum erit, neque is ab alio defendetur jus certum fuit ex edicto prætorem in bona ejus iri jussurum: vendi bona non permissurum, sed jussurum expectari pubertatem: quod ex ea *L.* 3. liquido intelligitur.

VII. Inde Ulpianus ibidem tractat, quid cum pupillo videatur contractum in §. *contractum* et deinceps; docetque in summa omnem cum pupillo contractum hic habendum esse, ac si unius obligatio post mortem patris nata sit, qua pupillus teneri cœperit: neque referre vere contractus sit, an quasi contractus; obligatus sit ipse per se, an per alios, ut per servum et tutorem; ac fuisse hoc jus de pupillo edicto comprehensum declarat Ulpianus illis verbis in *d.* §. *contractum.* Ergo puto, etsi cum tutore contractum sit ex qua caussa actio in pupillum datur, magis

(5) Ita et Cujac. 10. *Obs.* 31. add. Coras. *ad L.* 15. §. 16. *de dam. inf. Summ.* 1. *et* 2. *decreti n.* 20. Confer *supra C.* 11. *n.* 6. *et* 17.

esse ut edicto locus sit, quasi cum eo contractum sit. Et ne longius testimonia petantur, exstat clausula edicti in *L.* 6. *eod. tit.* in qua, eum prætor polliceretur distractionem eorum bonorum quæ possessa essent a creditoribus, nominatim postea pupilli et ejus qui reipublicæ caussa abest bona excepit.

VIII. Et hi quidem sunt quorum bona ex edicto veneunt aut non veneunt; sed non ut quisque ea conditione est ut bona ejus venire possint, continuo etiam ea distrahi prætor jubet, ne latitantis quidem: sed ita si res exegerit, ut Ulpianum scribere diximus initio *d. L. item*, §. *cæterum*. *D. ex quib. cau. majo.* His autem verbis in latitante intelligere debemus quod expressum est in *L. cum proponas*, *C. de bon. auct. jud. poss.* nempe, si et tempus transactum sit ut debitorem contumacem esse intelligere liceat, et is qui postulat sibi fieri distrahendi potestatem, doceat (6) eum cujus bona possessa sunt suum esse debitorem. In quo tempus transactum intelligo legitimum tempus intra (7) quod alioqui et lite contestata solent rei legitimis edictis evocari, prius quam rem cognoscat judex et pronunciet. De quo tempore dicemus postea suo loco; hoc autem tempus et ea edicta in hac re accipi debere colligi potest ex *L. penult. C. ubi in rem act.* In defuncti bonis cui nemo heres extiterit, hoc exigemus ut constet neminem heredem esse et creditores de debito doceant. Nam evocare quemquam qui adsit, eique solemnibus edictis præstituere tempus intra quod adsit, stultum est; cum constet qui id faciet

(6) Ita post Bartolum et alios Sig. Scacc. 1. *de jud.* 96. *n.* 12. requiri plenam probationem de jure actoris ante interpositionem 2. decreti, etsi summarie recipienda sit, nempe absente parte. Et juxta hanc seu receptiorem opinionem judicandum censet, licet contraria quod semiplena et summaria probatio sufficiat, probabilior. Caussam subhastationum summariam esse, sive realis sive personalis actio, post Speculat. et Soci. tradit Jac. Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 122. Enimvero cum plerumque viliori quam par sit pretio res sub hasta vendi soleant, non nimis debitor urgendus, ne injuria ei fiat, rebus magno incommodo vilissimo distractis. A. Fab. 11. *Err. Prag.* 5. Etsi vero magna fides hastæ, in auctione tamen quoque locum esse beneficio *L.* 2. *C. de rescind. vend.* probat A. Fab. 10. *Err. Prag.* 7. Siquidem auctoritas decreti tota pertinet ad jus subhastationum, non ad caussam rescissionis; et pertinet hoc ad materiam subhastationum, non ad formam; nec creditoris, sed emptoris dolo res viliori pretio distrahitur. Et Vasq. 3. *Contr. usu freq.* 61. *n.* 2. *et* 3. quia caussa et ratio solum alienandi comprobatur decreto judicis. Ac etsi ejus præsentia læsio abesse censeatur, contraria tamen probatio recipi debet. Fac. *L. ult. C. si in causs. judic. L.* 3. *C. de exsec. rei jud.* Idem affirmat Jac. Curt. 2. *Conject. ad Fratr.* 10. Licet enim videatur justum pretium quod ex communi usu, populo ad licitandum admisso statutum *L.* 63. *ad L. Falc.*, non tamen hoc remedium excludi convenit, neque ex parte ementis, cum sæpe per æmulationem inconsideratæ sint adjectiones, more hominum qui ejus rei quæ aliis placet cupiditate tenentur et incenduntur: neque ex parte vendentis: quid enim si pauci ad hastam accesserunt, quid si in gratiam ejus qui primus adjectionem fecit, metuse indignationis nemo ausus contra licitari? Atque hanc receptiorem vocat, ac in praxi servari Pinel. *ad d. L.* 2. *C. de resc. vend.* P. 2. C. 2. *n.* 25. add. Gomez 2. *Var. Resol.* 2. *n.* 23. Pacian. *Cons.* 87. Damhuder. *supra d. C.* 26. *et C.* 5. *n.* 6. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. *n.* 20. *et seqq.* ubi contra statuit jure Saxonico *et* 3. *Semestr.* 12. Plane, etsi nullitatis arguantur subhastationes, non audiendur debitor nisi oblato debito cum accessionibus legitimis. Quia semper magis est quod imputetur debitori cur non rite perfecta auctio, Ant. Fab. 10. *Err. Prag.* 7.

(7) Alii 30. dies fuisse putant, moti loco Cic. *pro Quintio* Ræv. *Protribun. C.* 3. *et ad L.* 148. *de R. J.* Hot. *ad L.* 13. §. 1. *C. de jud.* Sc Gent. 1. *de jurisd.* 24. *p.* 88. Alii tempus jure non definitum esse, proinde arbitrio judicis id committi. Maranta *P.* 6. *T. de contum. n.* 12. Coras. *ad L.* 15. . 16. *de dam inf. Summa* 1. *et* 2. *decreti n.* 21. Gail. *de Arrest. C.* 1. *n.* 18. Menoch. post septem alias opiniones percensitas *Arbitr. Cas.* 6. *n.* 13. Quod Scaccia 1. *de jud.* 96. *n.* 10. admittit in actione in personam; ubi vero in actione in rem missio fit, veniri ad 2. decretum post anni lapsum per *L.* 8. §. *pen. C. de præs.* 30. *ann.* Jure nostro ita esse puto: Latitantis bona possideri vendique jubentur eadem edicti clausula *L.* 7. §. 1. *h. t.* Eodem igitur tempore quo missio contra eos, proscriptio quoque fiebat una prætoris jussione. Fiebat autem proscriptio fixis publice et ad ædes debitoris tabulis, omnibusque ejus bonis suspendebantur libelli, ut ex Sen. 4. *de Ben.* Cic. *pro Quintio* Ræv. *Protrib sub finem* (qui tamen post 30. dierum possessionem demum proscriptas fuisse docet) postea lapso aliquo tempore, ad creditorum postulatum Prætor auctionem fieri permittebat, *L.* 9. *C de bon. auct. jud. poss.* Quomodo proscriptionem et auctionem secernit Hot. *ad L* 13. §. 1. *C. de judic.* cum quo tamen nolim tria hic decreta agnoscere; sicuti et errorem forensium qui, præter duo decreta ratione creditorum, duplex quoque decretum quoad emptorem comminenti sunt, redarguit A. Fab. 10. *Err. Prag.* 6.

esse neminem. Adversus furiosum et similes qui consilio curatorum reguntur, quid jus exigat supra dictum est. Nam quæ res facit ut horum bona vendi possint, eadem facit, ut possint statim.

## CAP. XIV.

### Quæ sint, quæ quærantur bonorum auctione constituta.

*Partitio rerum atque ordo.* I.
*Quæ veniant in auctione nomine* bonorum. II
*Excipi a bonorum venditione statuas in publico positas et quare.* III.
*Quo in loco bona vendi oporteat.* IV.
*Quis cui in bonorum licitatione præferatur.* V.

I. Venditione et auctione bonorum constituta hæc quæruntur: Quid in bonis numerandum sit: ubi bona venire debeant. In auctione, si plures eamdem rem licitentur, quis cui præferatur; postremo si bona non sint solvendo et plures exsistant creditores, an omnes pariter admittantur ad commodum bonorum pro portione, an alii aliis præferantur, et qui quibus præferantur.

II. At bonorum appellatione constat (1) omnia contineri, non tantum quæ dominii nostri sunt, sed etiam quæ sunt in ea caussa ut de his possidentes exceptionem, amittentes autem ad ea recuperanda actionem habeamus. *L. rem in bonis, D. de acq. rer dom.* In quo quæ numerentur, expressum est in *L. bonorum, D. de ver. sig.* itaque et ususfructus qui debitoris est, in venditionem veniet, *L. in vendit one* 8. *D. de reb. jud auct. poss.* Non tantum ideo quia de eo habemus in rem actionem, sed etiam quia ususfructus quodammodo pars dominii est; certe emolumentum et vicem partis obtinet, *L.* 4. *D. de usufr. L. Mævius, §. fundo D. de leg.* 2.

III. Sed humanitatis caussa, ne cum ipsis bonis etiam solatium vitæ et famæ adimatur, placuit non tantum re integra, sed etiam bonis jam venditis excipi et statuas, quæ (2) in honorem debitoris in publico positæ sunt, *L. Fulcinius,* 29. *D. de reb. jud. auct. poss.* et concubinam, itemque liberos ejus naturales, *L. penul. D. eod.* quanvis constet, si statua affixa sit ædibus debitoris, statuam ædibus cedere ac proinde esse debitoris, *d. L. Fulcinius.* Concubinam autem, debitoris esse ancillam, cum qua dominus consuetudinem habeat, quæ si debitoris est, erunt et liberi debitoris, *§. ult. Inst. de jur. pers.*

IV. Bona quæ erunt, ibi (3) vendi oportet, ubi quisque defendi debet; id est ubi domicilium habet, aut ubi quisque contraxit: con-

(1) Et quidem Cujac. *ad Nov.* 53. *Parte* 3. *p.* 193. (et ejus verbis Schifordegher. *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tract.* 7. *Q.* 1.) ita vendi universa docet, ut nec quod superest reddatur debitori, quia hoc certis solum personis datum sit *L.* 7. §. 11. *Quib. ex caus. in poss.* Verum iniqua hæc severitas, ni certiori auctoritate adstruatur, fides Cujacio temere non habenda; quippe et *d.* §. 11. sat firmo argumento id non adstruitur. Neque enim, opinor, ibi ratio Jurisconsulti in ver. *quia hominis* ad hoc redditur quod superfluum reddendum, sed ad priora et id quod principaliter *d.* §. 11. deciditur, nimirum bona furiosi ut vendatur, plura requiri quæ non æque in venditione bonorum debitoris latitantis necessaria.

(2) Vid. Vander. *de Priv. credit. C.* 1. ubi ostendit sæpe clarissimorum virorum quibus statuæ positæ, bona creditoribus non satisfecisse, veluti Agrippæ Menenii Liv. *Lib.* 2. cui sumptus funeri curando defuerunt.

(3) Publice ac palam. ritu solemni, hasta in foro posposita. Unde ea publicæ auctionis vis, ut nullus certior firmiorque acquirendi sit modus. Quod hoc ritu populus, data fide publica, earum venditionum evictionem belli armorumque periculo. in se reciperet, Hot. *Cons.* 23 *n.* 1. Confer. Cagnol. *in L.* 2. §. *cumque Consules* 27. *de O.* 1. *n* 398. (ubi plura de hastæ usu familiari Romanis domi ac militiæ, in honorem forte Romuli qui ab hasta Quirinus et inde Quirites) P. Greg. 47. *Synt.* 24. *n.* 9. Damhuder. *Subhastat. exegesi C.* 1. *n.* 10. *et seq.* Goth. *ad Rub. C. de fide et jure hastæ fisc. Lib.* 10. *tit.* 3. Adhibebatur vero in his auctionibus præco. qui pretium auctionemque proclamabat. ex Plauto *in Sticho etc.* Marq. Freher. 2. *Parerg.* 20. Sectores vero dicti qui emebant, Philip. Beroald. *Annot. C.* 85. qui digito sublato se emptores profitebantur, vid. Francisc. Mod. *Novantiq. Lect Epist.* 105. Licitari vero et auctionari ut differant, et quod prius non significet pretium augere. vid. Franc. Philelphus *Epistola ad* Jacob. Puteum *in Centuria Epist. Philolog. est Epist.* 12. Cædere antiqui pro auctione distrahere. Joan. Sar. Zamosc. *Lib.* 2. *de Senatu Romano p.* 117. De solemnibus subhastationis Damhuder. *d. Tract. C.* 3. *et* 4.

tractum autem non utique eo loco intelligitur quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia: hæc in *L.* 1. 2. 3. *D. de reb. jud. auc. poss.*

V. Ex licitatoribus quis alio potior habeatur in auctione, de eo ita scriptum est in *L. cum bona. D. eod.* Cum bona veneunt in comparatione extranei et ejus qui creditor cognatusve sit, potior habetur creditor cognatusve. (4) Magis tamen creditor quam cognatus, et inter creditores potior is cui major pecunia debetur.

(4) Ut et creditor facilius suum consequatur et commodius compensatione liberetur debitor, quæ eadem ratio suadet præferri eum cui majus creditum, P. Vander. *de Privil. cred. C.* 12. Ad hæc creditorum negocium potissimum geritur, quibus postulantibus bona venduntur, A. Fab. 5. *Conj.* 15. Objic. Immo tunc demum admittitur creditor, si alius non existat, vel non dignum pretium offerat, *L. si in ca. jud. pig.* Resp. Vanderan. *d. L.* 12. hoc definiri *d. L.* 2. quod isto casu creditor emere debeat ac, ordine debito observato, in solutum accipere cogatur. Non inde recte inferri dato extraneo creditorem arceri. Melius A. Fab. 5. *Conject.* 15. Quando distrahuntur bona, creditor ad licitationem non admittitur quamdiu alii emptores adsunt, *d. L.* 2. *C. si in ca. jud. L.* 3. *C. de exsecut. rei judic. L. ult.* §. *sin vero* 2. *C. de jur. dom. imp.* Licitatione tamen facta ab aliis, creditor habet jus prælationis, si ipse eodem pretio quod maximum alius offert, rem habere velit juxta distinctionem *d. L.* 16. Quippe tunc nihil interest debitoris et nihil ei deperit, quicunque rem consequatur. Ibidem Faber interpretationes gl. duas reprobat 1.° Quasi *d. L.* 16. de addicendis bonis tractet velitque ut, si creditorum alii cognati, alii extranei, illi his præferantur. Nam immo aliud est venire seu vendi bona, aliud addici, ubi deficit emptor et extraneus *d. L.* 16. qui neque creditor neque cognatus. 2.° Si inter creditores disputetur an bona vendenda sint, quorum sententiam sequi oporteat. Id enim plane non convenit verbis aut menti legis. Plane, quod ibidem Faber contra Bartolum et DD. comm. contendit in comparatione creditorum non præferri eum qui et creditor et cognatus ei qui creditor tantum, in eo haud penitus illi assentior. Potentius, ait, est jus crediti. Neque cum de privilegiis creditorum quæritur, jus cognationis juri crediti quidquam addit. Nullum denique verbum *d. L.* 16. quo probetur potiorem caussam esse creditoris ac cognati simul quam creditoris solum, quia non conjunctim, sed disjunctim loquitur. Vis forsan his aliqua ubi alter, non cognatus, majoris pecuniæ creditor, si excessus non mediocris. Ast si æquales ambo in cumulo debiti, vel alterius summa parum excedat, nonne major ratio pro altero cognato, ut potior sit qui duplici quam qui una caussa nititur? Nam et alias affectioni cognatorum in res forte avitas et bona majorum jura indulgent, *L.* 35. *de minor.* Movemur enim, ut Cic. 2. *de LL.* nescio quo pacto locis ipsis in quibus eorum quos diligimus adsunt vestigia, Vander. *supra d. C.* 12. Confer *not. supra Lib.* 21. *C.* 9. *N.* 1. Præcipue autem cognatorum ratio habenda ubi bona defuncti veneunt, cui metu onerum nullus heres exstitit ceu *d. L.* 12. accipit, Vanderan. *d. loc.* Confer Moll. 2. *Semestr.* 29. *n.* 3. Andr. Sceffer. *P.* 1. *Q. Pract.* 18. *et P.* 2. *Q.* 16. Et de *d. L.* 12. sensu vide quoque Matth. Brun. *de Cess. bonor. Q. principali* 23.

## CAP. XV.

### De privilegiis creditorum in bonis quæ distrahuntur; et ad hunc Titulum Digestorum.

*Continuatio. Hoc loco quæri de creditoribus Chirographariis, et quis eorum alteri præferatur.* I.
*Hos esse illis potiores qui aut privilegio utuntur, aut habent bonorum separationem. Quod hic privilegium.* II.
*Privilegia æstimari non tempore sed caussa quid sit. Nomine caussæ quid veniat.* III.
*In privilegii caussa spectari aut personam, aut rem, aut utrumque.* IV.
Persona *duplex, Fiscus et Respublica. Quando Fiscus privilegio non utatur.* V.
Ad caussam *pertinet omnis impensa funeris.* VI.
*Item pecunia credita ad navem construendam, armandam aut emendam.* VII.
*Item credita in domus refectionem. An pecunia, qua empta res est, habeat hoc vel aliud privilegium.* VIII.
*Item deposita apud mensam, cum de mensularii bonis agitur.* IX.
*Item data eo consilio ut perveniret ad creditores privilegiatos.* X.
Ad utrumque *spectat pecunia, seu res in dotem data; si tamen agat mulier.* XI.
*Quid si prioris uxoris filii in repetenda matris dote concurrant cum agente noverca.* XII.
*Item mala administratio rerum pupilli, furiosi, surdi et muti, si hi tamen agant, non heredes.* XIII.
*Curator bonis absentium datus non utitur privilegio.* XIV.
*Inter privilegiatos præfertur omnibus mulier in caussa dotis, etiam Fisco: qui excipiantur.* XV.
*Fiscus excepta muliere, cæteris, etiam impensæ funeris.* XVI.
*Qui fisco succedant ordine privilegiati.* XVII.
*Ordo qualis inter reliqua id genus privilegia.* XVIII.
*Ordinem esse inter privilegiatos ex diversa non ex eadem et pari caussa.* XIX.
*Exceptio.* XX.

I. Si bonis distractis plures sint creditores, neque bona simul omnibus sint solvendo, nemo ignorat multum interesse uniuscujusque creditoris anteponi ipsum cæteris, et percipere de bonis quod sibi debeatur. Proinde an sint qui aliis præferantur, et qui sunt quæritur. De chirographariis quæro (sic enim vocantur hi quibus ex chirographo tantum sine pignore pecunia debetur, *L. penult. D. de reb. auct. jud poss. et tit. C. si ob chiro. pec.*) aut iis qui res alioqui obligatas non persequuntur. Nam si quibus pignus datum est et hypothecaria agant, certo jure utimur, ut si soli sint in pignore, rem obligatam soli auferant a possessore, non tantum bonis debitoris possessis, sed etiam nec possessis nec distractis; et si plures in pignore concurrent, is jure potior sit qui tempore prior est, §. *item Serviana, Inst. de action. L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pignor. L. 2. et 3. C. qui pot. in pig.* De pignore, inquam, deque iis qui aliquid suo jure vindicent, hoc loco non quæritur; (1) sed de iis qui sibi aliquid ut sibi solvatur præ cæteris contendunt.

II. Et ut sine pignore alii aliis potiores sint, duæ res faciunt, Privilegium, et bonorum Separatio. Privilegium est jus sine pignore ante alios exigendi.

III. Quibus sit privilegium docet Paulus in *L. privilegia, 32. D. de reb. auct. jud. poss.* his verbis: *Privilegia*, inquit *ex tempore non*

(1) Multum differunt jus prælationis et jus tacitæ hypothecæ, Anton. Fab. 6. *Err. Prag.* 1. ubi contendit tacita hypotheca munitum omnibus chirographariis, privilegiarii licet et anteriores sint, præferri. Cæterum de hac feraci materia (cum lites de prioritate tam familiares sint in Curiis Germaniæ quam obsonium in prandio, ut ait Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib. 1. C. 13. n. 15.*) quæ hic omissa ex *Tract.* Petri Vauderani *de Privil. cred.* et Herman. Meirer. *de Præferent. credit.* add. Myns. 1. *Obs.* 60. et Gail. 2. *Obs.* 25. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exec.* §. 7. Flores Diez. *Var. QQ. Lib.* 1. *Q.* 6. Io. Koppen. *Q.* 28. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 28. *P.* 1. *et* 1. *Semestr.* 25. *et seq. et Cap.* 28. Beust. *ad L. admonendi* 31. *de jurej. n.* 969. *p.* 667. *et seq.* etc. Coler. *Dec.* 137. *et* 279. *Cons. Sax. Tomo* 1. *P.* 3. *Q.* 7.

*æstimantur, sed ex caussa.* Quod dicit privilegia ex tempore non æstimari, habet hanc sententiam: neminem ideo privilegium exigendi habere, quia prius contraxerit: neminem, quia tempore prior sit, ideo jure exigendi esse potiorem, ut in pignore. Quod dicit privilegia æstimari *ex caussa*, hoc significat, dari privilegium si caussa sit et ratio cur huic potius detur quam illi; quanvis is in quo hæc caussa hæret, postea contraxerit: hoc sentio, caussam hic non debere accipere nos rem el negotium contractum, ut interdum alias solemus, ut cum dicimus beneficia el privilegia quædam caussæ esse, quædam personæ, *L. privilegia, D. de reg. jur. L. exceptiones, D. de except.* Non enim verum est privilegio exigendi nihil locum facere, nisi rem et caussam de qua contractum est; eum propter solam conditionem personæ interdum privilegium detur, ut mox dicam. Sed caussa hic intelligenda est caussa privilegii, id est ratio cur privilegium sit datum, sive (2) in eo favor rei versetur sive personæ creditoris, sive pariter utriusque.

IV. Et quidem ita se res habet, ut in caussa privilegii (quando hanc requirimus) quibusdam privilegium ob personam detur; ut hæc idonea caussa sit cur detur, quia creditor sit ista aut ista conditione personæ: quibusdam ob rem et caussam de qua agitur, quæ ipsa videatur digna privilegio. Quibusdam conjunctim ob rem, et personam; ut neque persona satis sit ad privilegium nisi in certa caussa, nec caussa ipsa prosit nisi certæ personæ quæ lege aut edicto demonstrata est: utraque res conjuncta ad rationem privilegii videatur satis.

V. Personæ, quibus privilegium datur duæ sunt, Fiscus, et Respublica: de fisco est in *L. quod quis, 34. D. de reb. auct. jud. poss.* de Republica in *L.* (3) *penul. D. eod.* De fisco non mirum, ut qui habeat semper etiam jus pignoris in rebus omnibus debitoris, *L. aufertur, §. fiscus, D. de jur. fisci.* Sed ita privilegium habet fiscus, ut hoc in (4) pœna contra creditores non exerceatur; placuit enim fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint, *L. quod placuit. D. de jure fisci, Cod. pœn. fisc. creditor. præf.* Caussæ et res de quibus agitur, quæ habeant privilegium, sunt quinque.

VI. Una est omnis caussa in ea de (5)

(2) Aliter P. Vand. *de Priv. cred. C.* 2. qui *d. L.* 32 de solis personalibus privilegiis accipit, non etiam de his quæ caussæ dantur, *L.* 196. *de R. J.* vulgo realia. in quibus non caussam sed tempus spectari dirit. Exemplum *d. L.* 32. ponit in *L.* 7. *§. ult. Depos.* Confer Arn. de Reiger. *Tract. meth. ad L. priv.* 196. *de R. J.*

(3) Quod de Romana solum, non alia intelligit Forn. 2. *Sel.* 22. *per L.* 10. *ad Municip.* Sed *d. L.* 10. hoc solum probat quod non sit idem ejus jus quod fisci. Major enim hujus favor, cum pluribus civitatibus et provinciis usus ejus communicetur et ad omnes provincias populi Romani extendatur, quam Reipublicæ cujus commoditas intra suos se cives continet, Vander. *Tr. de Priv. credit. C.* 10. Hinc jus pignori taciti Reipublicæ negatur, *L.* 2. *C. de jure reip. Lib.* 11. *tit.* 29. Dum vero ibidem additur caussam ejus non separari etc. creditores eos intelligit Imperator quibus et personalis actio et privilegium personale. Id enim solum ibi propositum Imperatori caussam reipublicæ separatam esse ab hypothecariis creditoribus. Quippe de eo, et num jus pignoris esset Reipublicæ quæsitum erat; sed num huic jus pignoris tributum in *L.* 2. *Cod de deb. civit.* negatur. Alias enim non post debitoris inopiam demum, nec pro rata ii ad quos venerunt bona debitoris tenerentur, sed statim in solidum. Obnoxia vero corpora seu res alienatæ dicuntur, non quod civitati hypothecæ obligatæ, sed quia non possunt non videri obligata ejus bona qui in multorum ære est, ita Vanderan. *d. C.* 10. Huc pertinet *L. Antiochensium* 37. *de reb. auct. jud.* de cujus lectione et intellectu vid. Alcia. 1. *Dispunct.* 11. Cujac. 10. *Obs.* 35. *et* 10. Respons. Papin. *ad eum L.* Ell. Leonin. 8. *Emend.* 13. Conan. 4. *Comm.* 16. *n.* 2. *et* 3 Vanderan. *d. Tr. C.* 9.

(4) Non tantum quia pœnæ odiosæ, Joach. Steph. *Lib.* 3. *de jurisd. C.* 8. *n.* 23. sed et quia tunc lucrum captans ut cedat de damno vitando sollicitis æquum est. Ad hæc bonorum publicatio ita accipitur, ut æs alienum deducatur *L.* 72. *de jure dot.* cum bona dicantur deducto ære alieno, Forner. 3. *Sel.* 19. Quod fisco, idem jus Ecclesiæ (quæ gaudet omnibus privilegiis fisci, Tiraq. *Priv. piæ caussæ* 143.) Mod. Pist. *Q* 129. ubi pluribus firmant Jac. Schult. Sed de tacita hypotheca fisci vide Don. *Tr. de pignor.* 5. ubi aliquando dicam. Apparet autem hinc mentem Donelli eam esse quod et hypothecæ jure reali munitus, eo relicto, concurrere creditoribus personalibus possit, vid *infra C. ult. N.* 11. vers. *Ad* 3. resp. *etc.*

(5) Quia enim magna funerum cura veteribus, merito hæc privilegia indulserunt, sine quibus vel creditores sæpe debitis, vel mortui justis honoribus fraudarentur, Vander. *dict. Tr. Cap.* 3. Quem de hoc funerariæ actionis privilegio consule. ut et Forst. *de jurisd. Rom. P.* 1. *Lege Numæ* 6. *n.* 61 *et* 2. *seqq.* Fachinæ. 12. *Contr.* 49. Jo. Garsia Gallecus *de Expens. Cap.* 8. Timæ. Fab. 1. *Annot.* 3. 4. 5. Jo. P. Surd. *Decis.* 112. *et* 255. Coler. *Dec.* 199. *et seqq.* add. *h. C. N.* 8. Idem in pharmacopœo statuit Mainard. *Lib.* 2. *Decis.* 47. quoad medicamen.

funeris impensa, id est de eo quod in funus defuncti impensum est agitur, quam creditor de bonis quæ possessa et distracta sunt consequi velit; ita ut nihil intersit an creditor ideo eam repetat de his bonis, quia eum cujus hæc bona fuerunt funeraverit; an ideo quia eum funeraverit, cujus funerandi cura ad dominum eorum bonorum pertinet, cum quo eo nomine agi potuit, *L. quæsitum, D. de reb. auct. jud. poss.* Ad quos pertineat cura funeris, et a quibus repeti possit hæc impensa, petendum est ex Titulo *D. de relig. et sum. funer.*

VII. Altera est caussa pecuniæ creditæ quæ in navem exstruendam vel instruendam armandamve, vel etiam emendam sit credita, *L. qui navem*, 26. *L. quod quis*, 34. *D. de reb. auct. jud. poss.* In navem nominatim dictum est, non etiam in res cæteras; ut hoc marium, non etiam aliarum rerum exstructioni et emptioni datum intelligamus: nec abs re. Navium enim exstructiona earumque numero et robore salus et præsidium Reipublicæ maxime continetur. Nam nec sine his bellum mari gerere, ullove modo adversus vim et incursus hostium aut piratarum mari ingruentium tuti esse possumus; et earum ad res ad vitam utiles in civitatem importandas indeque avehendas, omnisque omnino generis commercia exercenda, sine quibus Respublica stare diu non potest, necessarius est usus; quorum nihil in prædia aut ædibus aliisve rebus dici potest.

VIII. Tertia caussa superiori finitima est, pecuniæ ob restitutionem ædificiorum creditæ, *L. si ventri*, §. 1. *D. de reb. auct. jud. poss.* In qua specie, quæ ratio privilegio caussam dederit et quam hoc observandum sit quod dictum est, ob restitutionem, non ob emptionem, instructionem ædificiorum, docui sub commentario de pignoribus sub *Tit. in quib. caus. pign. tac. contr.* Scio videri quibusdam Justinianum in *Novella* 97. 1. §. *cæterum* constituere, quæcunque res emptæ sunt ex pecunia alterius, eos privilegium habere qui pecuniam in eas res crediderunt. Sic enim ejus verba sunt: *In omnibus enim hisce, posteriores creditores quorum pecuniis res vel comparatæ vel renovatæ sunt, potiores sunt his, qui vel multo antiquiores sunt.* Sed quid proponat Justinianus eo loco spectandum est. Instituitur illic sermo de hypothecis quibusdam quibus ait privilegia esse concessa, ut posteriores cum sint, tamen antiquioribus creditoribus præferantur; quorum in numero recenset illos quorum pecunia res empta est. Sic res habet, ut hypotheca constituta prærogativam temporis habeat quamvis posterior, si pecunia posterioris creditoris hypotheca empta sit; quia sine ea pecunia non esset res priori ne obligata quidem. Hypotheca autem non constituta, quemadmodum is cujus pecunia res empta est, hypothecam in ea re non habet, multo minus habebit privilegium temporis in eam rem; cum privilegium non in re sit sed in persona. Sed meminerimus, privilegium dumtaxat exerceri in ea pecunia quæ refecta sit ex venditione rei, quæ ita empta aut servata erit, d. *Novell.* 97. §. *hic consequens vers. quæsitum.* Neque enim æquum est longius progredi privilegium quam patet ipsius privilegii caussa, arg. *in L. quod dictum, D. de pact.*

IX. Quarta est ejus pecuniæ quam quis apud mensam, fidem publicam secutus, deposuit; si de bonis mensularii agitur, *4. L. si ventri*, §. *in bonis, D. eod.*

X. Quinta eademque postrema est pecuniæ ejus quæ ita data est ut ad creditores privilegiarios perveniret, et pervenit, *L.* 2. *D. de cess. bon. L. si ventri*, §. *eorum, D. de reb. auct. jud. poss.* id est quæ creditoribus privilegiariis soluta est ut inde deditur liberaretur: nec interit an quis dederit eam pecuniam ipsis creditoribus privilegiariis, an prius debitori, a quo deinde debitoribus sit numerata; dummodo id non post aliquod intervallum factum sit, *d. L. si ventri*, §. *ult.*

XI. Caussæ, quibus ita privilegium datur ut simul in ea caussa detur et personæ, genere duæ sunt: Una est pecuniæ ut rei in dotem datæ: hæc sive nuptiis secutis, ac deinde soluto matrimonio, repetetur dotis actione; sive his non secutis, condicetur tanquam ob caussam data, caussa non secuta. Habet caussa utroque modo privilegium, *L. quæsitum*. §. *ult. D. eod.* Sed habet hac lege, si mulier ipsa agat cujus nomine dos data erat: alius hanc pecuniam repetens suo nomine hoc privilegio non utetur: *dubimusque*, inquit Ulpianus, *ex his caussis mulieri ipsi privilegium*, L. dubimusque, *D. eod.* recte *mulieri ipsi*, alii enim non dabitur; quoniam habet privilegium hujus caussæ hanc rationem, quod intersit Reipublicæ mulierem solidum consequi ut possit postea nubere, *L. interstringit* ...

ta, item quoad impensas in medicos et chirurgos, aut in purgationem ædium peste infectarum. Sed id *Decis. seq.* 48. in pharmacopœo restringit ad medicamenta morbi illius quo quis decessit, quæ funerariis sumptibus æquiparari scribit, non autem alia.

*rest. D. eod.* quæ ratio ad alios non pertinet.

XII. Si tamen prioris uxoris defuncti filii dotem a matre datam repetant, concurrantque cum noverca altera patris uxore quæ et, ipsa marito mortuo, dotem suam repetat a mariti heredibus, placuit Justiniano filios prioris matrimonii novercæ filiis præferri; ut quod viventi eorum matri tribueretur, hoc et, ea mortua, tribuatur ejus liberis, *L. ult. §. exceptis, C. qui pot. in pig. habean.*

XIII. Altera hujus generis caussa est ea in qua de administratione agitur rerum ad eos pertinentium, quibus ipsis tutor aut curator datur; in quorum numero sunt (6) pupilli, furiosi, prodigi, surdi, muti, fatui, *d. L. dabimusque, §. ult. et LL.* seqq. *D. eod.* habetque hæc caussa privilegium, non tantum si quis istorum negotia negotiumve tanquam tutor aut curator gesserit, sed etiam si gesserit ex officio amicitiæ, *L. si negotium. D. eod.* Verum ita ex hac caussa agendi privilegium est, si agat cujus negotia gesta sunt; ut puta, dabitur pupillo, furioso, et cæteris similibus; at idem ad istorum heredes non pertinet, *d. L. dabimusque. §. ult.* ut appareat in eo et caussæ sive rei, et personæ simul habitam esse rationem. Pupillus, furiosus et similes favore et auxilio digni sunt, sed non ita ut id cæteris creditoribus debitoris nocere debeat; nisi superscriptæ personæ de damno rerum laborent adversus eos qui rem susceptam ex fide et officio non sunt executi. Quod fit, cum eorum negotia administrata sunt, de qua administratione nunc agunt.

XIV. Eos dixi quibus ipsis curator detur. Nam si qui sint ejusmodi quibus præsentibus non detur curator; absentibus autem ipsis, detur curator eorum bonis, ne per absentiam dominorum bona aliquid detrimenti capiant (quod quando, fiat dicam paulo post sub Titulo de curatore bonis dando), hi ex superiore caussa privilegium non habent, *L. idem privilegium, D. eod.* scilicet, non est ea istorum persona quæ mereatur favorem ut superiorum.

XV. Etiam inter privilegiarios alii aliis (7) potiores sunt caussa. Præfertur omnibus mulier in caussa dotis. ut est nominatim a Justiniano constitutum in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Itaque etiam fisco ipsi, ut constitutionis verba satis declarant; quanvis maritus cum fisco prius contraxerit. In quo apparet recessum esse a vetere jure et eo quod rautum legimus in *L. 2. C. de privil. fis.* Tantum excepti sunt Novella Justiniani 97. §. *his consequens* ii qui pecuniam crediderunt ad militiam emendam, hac lege dicta, ut qui credebant reliquis omnibus essent potiores; si modo et negotium gestum sit, interposita scriptura quæ testium habeat subscriptiones.

XVI. Secundum mulierem præfertur cæteris omnibus fiscus, *L. quod quis, D. de reb. auct. jud. poss.* Cujus caussa ideo præcipua, quia publica. Scriptum quidem est in *L. penult. D. de relig. et sum. fun.* impensam funeris solere omne creditum etiam præcedere, cum bona solvendo non sint; sed hoc dictam non excludit fiscum, nec quemquam alium qui privilegium habeat. Tunc enim proprie dicitur præcedi creditum, cum cæteri creditores ad exactionem solum creditum obtendunt. Sane vero funeris impensa præcedet ejusmodi omne creditum in quo nihil nisi creditum allegatur; at fiscus non creditum solum obtendit, sed una etiam privilegium suum: et in summa, impensa funeris omnem creditum præcedit, ut creditum duntaxat: omne privilegium nequaquam. Et sane, cum fiscus habeat etiam (8) jus pigno-

(6) Quod pupillus olim non habuerit jus tacitæ hypothecæ in bonis tutoris, sed prælationis tantum, docet A. Fab. 1. *jurispr.* 12 *Princ.* 3. *Illat.* 11. Sed de hac et præcedentibus caussis. cumprimis autem dotis. et an mulier potior hypothecariis anterioribus, plenius aliquando alibi.

(7) Alius ordo apud nos ex *Nov. Elect. Augusti* 29. *P.* 1. ubi merces familiæ debita vulgo *Liedlohn* omnibus præfertur. qua de vid. omnino Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 8. Col. *Dec.* 200. *n.* 6.

(8) Add. *supra Lib.* 14. *C.* 7. *n.* 19. *N.* 30. Convenit ac confirmat Vander. *d. Tr. C.* 3. Ast immo funeris caussam potiorem esse tacita hypotheca probat aperte *L.* 14. §. 1. *de relig et sum. fun.* junct *L.* 4. *L.* 6. *pr. In quib. ca. pig. tac. contr.* Coler. *Decis.* 260. *n.* 2. *et seqq.* Nec desunt qui de expressa idem statuunt, quos citat et sequitur Forst. *de jurisd. Rom.* 1. *p. l. Numæ* 6. *n.* 65. Et inde firmat Timæ. Fab. 1. *Annot.* 5. quia, uti a sepultura arceri nequeunt creditores, ita compelli possunt ad eum de suo funerandum. Omnium igitur ex æquo negocium gestum a funerante, qui fecit ne bona funeris caussa inhærentur. Ad hæc nec in expressa hypotheca veniunt ea. quæ in *L.* 6. *et* 7 *de pig.* Multo autem justior funeris caussa. Quin et scholasticos in debitis caussa studii contractis præferri aliis, quibuscunque mulier in dote, per *L. assiduis ult.* §. 1. *C. Qui pot. in pig.* ibi *quis enim non misereatur earum*, junct. *Auth. habita* ibi; *quis enim eorum non misereatur C. Ne fil.*

ris in bonis debitoris, par est ut qui in rem ipsam potior est, is et tunc potior sit cum agit in personam.

XVII. Post fiscum, inter privatos proximo loco privilegium habent qui alicujus rei emendæ, restituendæ, aut instruendæ caussa pecuniam crediderint, *d. L. quod quis, D. de reb. auct. jud. pos.* Quod semper, ut ante monui, meminerimus dictum esse de privilegio in ea pecunia exercendo, quæ ex venditione supra scriptarum rerum redacta sit, *d. Novell.* 97. §. *his consequens.*

XVIII. Post hos actionem de funeris impensa admittemus, ut sic ea non privilegium, sed creditum omne quod sine privilegio sit præcedat, *d. L. penul. D. de relig.* Post omnium privilegia, extremus locus est ei qui apud mensularium pecuniam (9) deposuit. *d. L. si ventri, §. in bonis. de reb. auct jud. poss.* Quod ad eum attinet qui pecuniam dedit ut ea ad privilegarium creditorem perveniret, monendi sumus eum nullo proprio jure uti; sed in ejus privilegiarii locum ad quem pecunia pervenit succedere, *L.* 2. *D. de ces. bono.* Eo fieri ut, quo jure quove loco fuerit is cujus in locum succeditur, eodem jure et loco habeatur is qui successit. Unde evenit ut, conditione prioris creditoris, modo his, modo illis præferatur.

XIX. Hæc quæ de prærogativa creditorum inter ipsos dicta sunt, locum habent inter eos duntaxat qui ex diversis caussis agunt. Nam si plures sint privilegiarii ejusdem tituli, idest qui ex eadem caussa privilegium usurpent; ut si plures pecuniam crediderint ad navem reficiendam, plures pupilli aut adolescentes de administratione tutelæ aut bonorum suorum agant; diserte

*pro patre.* Horat. Lucius *Privil. scholar.* 34. Rebuff. *Priv. schol.* 118. Et pro creditis bis bona debitorum tacite hypothecata esse cum eodem privilegio prælationis quod est doti post alios citatos Petr. Barbosa *ad L.* 1. *sol. matrim. Parte* 7. *n.* 25.

(9) Immo hujus caussa potior ante privilegia *L.* 7. §. 2. *depos.* Quæ gravis antinomia, etsi utraque L. ejusdem auctoris, Duar. *ad tit. D. depos. C.* 4. Resp. regulariter ante privilegia *d. L.* 7. §. 2. quoties nempe dominium non transfertur: quoties autem transfertur. (ut in specie *L.* 24. *Depos.*) post privilegia *d. L.* 24. §. 2. Pac. 4. *Q.* 79. distinguit an depositarius in rem agat *d. L.* 7. §. 2. an in personam *d. L.* 24. §. 2. Et Ant. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. si res exstat et vindicatione repetitur, non cogitur de ordine cum cæteris litigare, quia non ut creditor agit, sed ut dominus. Ast si non exstet, vel exstet quidem, sed depositi actione, forte dominii probatione non suppetente, repetatur. de ordine illius inter reliquos creditores disputari. Convenit Forner. 3. *Sel.* 8. quia, ait. *d. L.* 24. §. 2. post privilegia potior ratio eorum qui fidem publicam secuti, et ita generi per speciem derogatur. Et ratio differentiæ; personalis actio depositi a die initi contractus nata exinde demum competere in depositarium cœpit, ideoque posterior obligatio anteriorum creditorum jus non tollit. Contra rei vindicatio cum res exstat, quæ ubi sit, domini manet, nec veteribus depositarii creditoribus pignoris jure obnoxia, in qua non de contractu, sed de dominio quæritur. Atque hæc sane actionis realis et personalis distinctio in *d. L.* 14. §. 2. habetur. Verum *d. L.* 7. §. 2. non distinguit, quin titulus sub quo locata est, arguit de actione depositi et ex contractu ibi tractari. Quare magis placet quod Timæ. *Fab.* 1. *Ann.* 7. distinguit num pecunia obsignata deposita, ut idem corpus in specie restituatur. De quo loqui *d. L.* 7. §. 2. arguit *L. seq.* 8. ubi vocatur fraudator, qui dici nequit si quantitas vel ut tantundem in genere redderetur concredita. Sed *d. L.* 24. §. 2. accipitur ubi convenit tantundem in genere reddi, quo casu dominium transfertur et in creditum itur. Hic igitur depositi agens post privilegia venit, potior tamen cæteris, quia fidei magis quam commercii causam continent, idque significant verba *aliud est credere, aliud deponere.* Quod vero habetur *d. L.* 24. §. 2. vers. *sed enim* de illo genere depositi quo corpora nummorum eadem reddi placuit, accipi vult Timæ. Fab. Qui et *ibid.* redarguit Molinæum qui supervacuum hoc depositarii privilegium esse censuit. cum vindicando omnes vincere possit. Quid enim si dominii probatio deficiat. depositi autem ceu facilis suppetat, quid si res consumptæ, etc.? Confer Hot. *Cons.* 79. ubi in specie qua is qui prius alteri omnia bona pignori obligavit ratione mercium acceptarum, res depositas vendidit, nec illæ vindicari possunt; obligatio autem illius qui merces vendidit, non tota præsens, sed solutio in partes divisa, suo cuique tempori attribuitur, deponentis potiorem caussam esse respondit. Depositum vero fictum et confessum solum non gaudere prærogativis veri depositi, docent Tiraq. *de Retr. convent.* §. 4. *Gl.* 6. *n.* 14. Cagnol. *in L. singularia* 15. *de reb. cred. n.* 33. Cæterum venditori, si dominium transtulit, nec pignoris jus sibi servavit, nulla prærogativa, quoad res venditas adhuc exstantes, Gerard. Maynard. *Lib.* 2. *Decis.* 45. Coler. *Decis* 279. *n.* 6. Excipitur nisi fraude circumventus sit, Maynard. *d. Lib.* 2. *Decis.* 46. Veluti ante venditionem emptor fugam vel cessionem bonorum meditatus, tunc enim nec fide de pretio habita dominium transit. vid. Gail. 2. *Obs.* 15. *n.* 8. *et* 3. *seqq.* ubi probe notandum monet.

Paulus definit in *d. L. privilegia, de reb. auct. jud. poss.* istos concurrere, nec alium alii (10) præferri, quanvis prius crediderit. In quo Justinianus hanc speciem excepit. Nam si proponas eundem duas uxores duxisse diversis temporibus, eoque mortuo, exsistere filios prioris matrimonii qui dotem a matre sua datam repetant, simul et eorum novercam quæ item dotem repetat a se datam; constituit Justinianus ut illi anteponantur novercæ, et ex tempore scilicet prærogativam habeant. Hoc in *L. ult. §. exceptis, C. qui pot. in pig. hab.* In qua constitutione diligenter observandum est, hoc privilegium filiis prioris matrimonii nominatim dari adversus novercas.

XX. Ex quo colligemus, si alii heredes prioris uxoris dotem ab ea datam petant, et cum secunda uxore veniant, eos nequaquam eodem jure usuros: et merito. Nam ipsi privilegium quidem habent in dote ut mulier habuit, cum sit hoc, ut supra dixi, privilegium personale. Itaque non modo illi heredes non præferentur sequenti uxori in dote exigenda, sed ne concurrent quidem cum ea quasi ejusdem tituli sint; cum sequens uxor non tam in privilegio dotis sit prior quam sola.

(10) Etsi solutum bona fide, antequam alii in possessionem missi, non repetatur, *L. 22. Quæ in fr. cred.* Coler. *Decis.* 137. *n.* 6. *et* 7. vide citatos *infra C. ult. N.* 8. Cæterum apud nostros ex *constit. Elect. Augusti* vulgo *Torgisch Auzschreiben ann.* 1583. *edita tit. vom Wucher und nachgelassenen Zinsen* in concursu creditorum usuræ ita demum solvuntur prioribus, si omnibus antea de sorte satisfactum. Quomodo et apud suos judicari refert Maynard. *Lib.* 2. *Decis. Tolos.* 32. quia sorte recepta nihil perdidit, quo ad reliquum de lucro solicitus postponendus ei qui damnum vitare satagit. Aliud tamen in usuris pretii non soluti statuit Moller. 1. *Semestr.* 28.

## CAP. XVI.

De separatione bonorum quæ distrahi oportet ex edicto. Ad hunc Titulum Digestorum.

*Nexus et continuatio, rerumque partitio; quid sit separatio bonorum.* I.

*In tali separatione spectari* 1. *An quis illam postulanti sit debitor; quando sit talis, aut secus.* II.

2. *An creditores utrinque cum debitore contraxerint omnes, an aliqui dumtaxat. Quid priore casu.* III.

*Exceptio, ejusque modificata ratio.* IV.

*Quid, cum alii creditores contraxerunt cum debitore, alii secus: aut hi cum diversis debitoris decessoribus.* V.

3. *An bonorum separationem defuncti sui debitoris postulent creditores hereditarii; an vero creditores heredis postulent bonorum hujus separationem. Et quid in utroque casu.* VI.

*Exceptio posterioris casus.* VII.

*Separationem bonorum ejus qui cum diversis creditoribus vice fungatur et decessoris et heredis, qui talium creditorum semper obtineant, et qui adversus unos recte, adversus alios non ita.* VIII.

*Separatio bonorum excluditur eorumdem confusione aut distractione; et quomodo.* IX.

*Item voluntate creditoris, aut tempore. Hoc cujusmodi.* X.

*Separatio prævia decreto a superiore Magistratu impetranda.* XI.

*Quid bonorum separationi consequens.* XII.

I. Quod assequuntur creditores privilegio exigendi, ut aliis prælati videlicet citius et uberius suum teneant, hoc consequuntur et separatione bonorum debitoris; cum ex his certa quædam separantur a cæteris et ipsis attribuuntur, unde præcipiant soli quod sibi debetur, cæteris creditoribus exclusis. Quibus creditoribus, quorum bonorum et quanta separatio ista concedatur videndum est. Nam neque tribuitur omnibus, neque omnium bonorum, neque semper, cum quæritur quis separationem bonorum impetrare debeat.

II. Ante omnia spectandum est utrum debitor de cujus bonis agitur, postulanti separationem, aliquid debeat an nihil. Cum is de cujus bonis agitur nihil debet, sic statuatur eum frustra postulare sibi bona aliqua separari, quæ separata non possit distrahere ac ne possidere quidem. Finge unius debitoris bona ad alium qui et ipse aliis debeat, esse translata ex emptione, donatione aut alia justa caussa ex qua res singulæ transferuntur. Non ideo prioris debituris creditores recte postulaverint separationem eorum bonorum quæ olim debitoris sui fuerint. Non enim amplius ea bona sunt illius, sed ejus in quem postea sunt translata. Hic autem prioris illius debitoris creditoribus non est obligatus. Atqui, si cujus debitoris defuncti bona ad alium qui et ipse habeat suos creditores, perveniant jure hereditario; defuncti creditores jure postulent separationem bonorum ejus, ut infra dicetur. Cur hæc tam varie? quia eam separationem sibi concedi postulant in bonis, quæ nunc heredis esse cœperunt. Ut autem ipsis olim defunctus, sic iisdem nunc heres obligatur.

III. Cum hi postulabunt separationem bonorum, quos constet creditores esse ejus de cujus bonis agitur, secundo loco considerandum erit utrum tam hi qui postulant quam hi adversus quos postulatur, omnes cum debitore ipso contraxerint, eorumve decessores an vero alii cum eo contraxerint, alii non contraxerint. Si omnes creditores inter quos res agitur contraxerunt cum ipso debitore, nulli adversus cæteros datur bonorum certi alicujus temporis aut certæ conditionis separatio. Ut puta, nulli datur separatio eorum bonorum quæ fuerunt cum ipse contraxit, aut eorum quæ fuerunt castrensia, idcirco quia tanquam cum milite contraxit; sed omnes, quod ad separationem pertinet, in eadem sunt caussa.

IV. Solum excepti sunt filiifamilias militis creditores qui cum eo, cum jam miles esset, contraxerunt; quos placuit in castrensibus bonis filiifamilias præferri cæteris ejus creditoribus qui, antequam militaret, cum eo contraxerunt; atque ita ea bona a reliquo peculio filiifamilias ipsis separari. Præterquam, si cujus ex his pecunia in rem patris

versa fuerit; hoc jus cum proprium statuatur in filiifamilias creditoribus, *L.* 1. §. (1) *si filiusf.* et *L.* seq. *D. eod.* quid de cæteris omnibus qui pariter contraxerunt cum debitore suo judicandum sit apparet, quamquam ejus juris ratio paulo post melius intelligetur. Quod attinet ad filiifamilias creditores, habet superior exceptio hanc rationem. Est enim æquum creditores eos qui personam militis ideo secuti sunt, quia bona propria sibi haberet unde dissolveret, non decipi his bonis ereptis et in alios qui non tanquam cum milite contraxerunt translatis. Et tamen, si possit creditor militis cum patre eodem nomine in solidum experiri et rem servare; recte constituitur non esse cur cæteris creditoribus noceat non necessaria separatione.

V. Oportet igitur, ut possit esse separationi bonorum locus, ex creditoribus debitoris inter quos de separatione contenditur, alios esse qui contraxerint cum debitore, alios qui non contraxerint; aut certe contraxerint cum diversis quorum in jus successerit is debitor cujus bona nunc possidentur; quod nunc accidit, cum is qui ex persona sua quibusdam debuit, heres extitit ei qui et ipse habuit suos creditores, aut qui duorum diversorum debitorum hereditates adiit; heres enim non minus obligatur hereditariis creditoribus quam suis propriis, tametsi cum illis nihil contraxerit, *L. more. D. de adquir. her.* hoc cum proponeretur, nondum tamen satis.

VI. Etiam interest, idque tertio loco videndum, utrum hereditarii creditores postulent separationem debitoris sui defuncti, an creditores heredis postulent bonorum hujus separationem. Hereditarii creditores impetrant ut bona defuncti ejusdemque debitoris sui sibi (2) separentur, *L.* 1. §. 1. *D. eod.* nec interest utrum pure his debeatur, an in diem, an sub conditione, *L.* 4. *eod.* In creditoribus hereditariis numeramus non tantum creditores defuncti, sed etiam eos quibus legatum est; quos etiam impetrare posse bonorum separationem scriptum est ex Juliano in *L. penult. eod.* sed ita ut defuncti creditores prius suum consequantur: cum autem creditoribus solidum acquisitum fuerit, tum quod (3) reliquum est detur legatariis, ut inde illis vel solidum legatum vel portio quæratur; prout scilicet erit modus ejus quod reliquum est. Hæc enim sententia est Juliani in *d. L. penult.* in pr. Idem significatur in *L.* 4. in fi. *eod. tit.* Ex contrario, heredis creditores, id est ii quibus actio cum herede primum nata est, non impetrant separationem bonorum heredis, *d. L.* 1. §. *ex contrario.* Cujus rei eodem loco hanc rationem (4) reddit Ulpianus: quod suos creditores unerare potuerit heres, ut contrahendo

(1) Tametsi A. Fab. 1. *Jurispr.* 6. *Pr.* 5. *Illat.* 3. *pag.* 242. *et seq.* totam decis. *d.* §. 9. Triboniano acceptum ferat. Quam vere aut ex merito alii viderint.

(2) Ac etsi chirographarii creditores defuncti, ex hoc edicto potiores hypothecariis heredis in bonis hereditatis, arg. *L.* 1. §. 3. *h. t.* Quod obtinere censet, judicatum referens, Jo. P. Surdus *Dec.* 319. *n.* 12. etsi nec petita a chirographario hæc separatio. Nam, ait, ubi jura plurium veniunt in personam unius, quodvis retinet naturam suam, et habetur ac si essent duæ personæ. Quare sicuti si defunctus viveret, ille utique in ejus bonis præferretur, ita et præferri debet eo mortuo. Enimvero ex mera juris ratione, cum hereditatis quæ fuerunt bona, heredis aditione ejusdem effecta sint, par esse inde omnium creditorum, tam defuncti quam heredis, conditio debebat; dispar vero ita demum, si qui ex alterutris hypotheca vel speciali privilegio niterentur. Unde chirographarii ipsius defuncti (nam in hypothecariis ejusdem res expedita, quibus nec mero jure creditores heredis quicunque potiores esse possunt) jacturam facerent debiti indigne, inopi et ære alieno obruto adeunte hereditatem idoneam, ni prætor illis succurreret hoc edicto. Eveniret enim ut, licet defunctus solvendo fuerit, bona tamen ejus fiant non solvendo propter concursum creditorum heredis, quibus absque hoc esset, æque ex istis satisfaciendum foret; vid. Cujac. 27. *QQ. Papin. ad L.* 3. *h. t.* A. Fab. 1. *Jurispr.* 5. *Illat.* 3. *et* 2. *Err. Prag.* 2. Quid si ipse heres creditor defuncti? num et suum creditum consequetur in separatione ceu hereditarium? Vid. Jo. P. Surd. *Decis.* 92.

(3) Confer A. Fab. *ad L.* 8. §. 15. *D. de transact.*

(4) Quæ rationis ratio? Ita videbitur: Creditoribus heredis imputari potest quare non prius exigerunt, si postea plures novos creditores nanciscatur debitor, aut quare sibi non per pignora caverunt. Alias, nisi contrahendo cum posteriori nocere priori posset debitor, sequeretur semper separationi locum fore ratione bonorum quæ tum temporis quisque habuit cum contraheret, quomodo in effectu quasi omnia essent pignori. Contra creditoribus defuncti inique noceret factum heredis cum quo nec contraxerunt, nec de eo quidquam dum contraherent cum defuncto cogitarunt, A. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. Plane beneficio inventarii si utatur heres, per illius personam creditoribus quoque propriis consulitur, ne si chirographarii solum sint, concurrenti-

cum aliis, sic et adeundo. Nam et adeundo quodammodo cum creditoribus hereditariis contrahitur, *L.* 3. in fin. *D. quib. ex caus. in pos. eat.* Alienis autem creditoribus suo facto nocere non potuit. Unde etiam intelligi potest eur inter eos omnes qui cum eo contraxerunt, non sit separationi locus.

VII. Sunt tamen duo genera creditorum heredis quibus separatio indulgetur, aliis quidem propter personam ipsius heredis, aliis autem propter ipsorum creditorum conditionem. Et quidem heredi, quamvis majori vigintiquinque annis, hereditate ab ipso adita, interdum succurritur, ut perinde bona testatoris veneant atque si hereditas adita non esset: hoc autem fit, cum heres suspectam hereditatem dicens quam restituere rogatus erat, compulsus est eam adire et restituere, ac deinde non reperitur fideicommissarius cui restituat, *L. apud*, §. *utrum. D. ad SC. Trebell.* Hoc ipso casu æquum visum est, et creditoribus ejusmodi heredis desiderantibus, idem præstari, *L.* 1. §. *quæstum, eod.* Et recte: neque enim ferendum est quod factum heredis ne ipsi quidem heredi nocet, id ejus creditoribus nocere; atque hoc genus separationis ex persona heredis impetratur ab ejus creditoribus. Est etiam cum persona creditoris ejus locum faciat separationi, quod placuit in patrono hereditatem liberti defuncti ut sibi debitam petente; qui ut eam uberiorem habeat, desiderat eam separari ab ea hereditate quam libertus vivus adierat, ne admissis prius creditoribus hereditariis, si reliquum detur patrono, patronus aut nihil aut minimum consequatur: hoc in *L. penult.* §. *ult. D. eod.* Et sane non debet esse in potestate liberti fraudare patronum non necessaria onera suscipiendo. Tum autem æquum est patronum in bonis liberti præferri alienis creditoribus.

VIII. Quod si eveniet ut idem defunctus, cum diversis collatus, sit modo heres, modo is cui succeditur (quod accidit cum Primus Secundum instituit heredem, Secundus Tertium. In hac enim specie Secundus cum Primo collatus heres est, idem collatus cum Tertio est decessor et is cui successum est) hoc, inquam, si eveniat, in eo supra scripta regula utemur, scilicet ut si Secundi creditores postulent separationem adversus creditores Primi, non impetrent; quia in hac comparatione sint creditores heredis qui separationem postulent adversus creditores testatoris: at iidem Secundi creditores si separationem postulent adversus creditores Tertii, impetrabunt; quia Secundus Tertio sit decessor, Tertius Secundi heres. Adversus creditores autem Secundi et Tertii separationem citra controversiam impetrabunt Primi defuncti creditores: hæc ad hanc sententiam *L.* 1. §. *secundum, eod.* Si idem creditor et defuncti creditor sit et heredis (quod contigit cum debitor dedit fidejussorem, et fidejussori suo postea heres extitit) tanquam defuncti creditor recte separationem bonorum defuncti petit, *L.* 3. *eod.*

IX. Ex his apparet non in omnibus omnium debitorum bonis postulari posse separationem, sed in duobus generibus dumtaxat: nempe aut in bonis castrensibus filiifamilias militis, aut in his quæ ante diversorum debitorum fuerunt, nunc unius esse cœperunt ex hac caussa, quod is alteri heres exstitisset; si modo bonorum defuncti sive hereditariorum postuletur separatio. Quæ cum in persona creditoris et bonis debitoris concurrent, haud dubie statim separationi locus est. Sed sciendum est, ut maxime omnia admittant initio separationem, non tamen semper perseverare potestatem ejus postulandæ, sed eam certis de caussis excludi. Excluditur autem aut bonorum de quibus agitur confusione, aut eorum distractione, aut creditoris voluntate, aut tempore. Bonorum confusione, si ita bona hereditaria confusa sunt aut mixta cum bonis heredis, ut discerni non possint, *L.* 1. §. (5) *præterea, D. eod.* Distractione, si heres bona

bus defuncti creditoribus et separationem non petentibus, parte debiti excidant. Quo exciderent, etsi bona propria heredis solvendo, si ab eo hereditas quæ non solvendo, adita; quod his separatio non concedatur *d.* §. 2. Recte tamen A. Fab. *d. Err.* 2. erroris arguit, qui inde novo jure edictum hoc Prætoris sublatum comminiscuntur. Sicuti et in aliis separatio ista quæ ex beneficio inventarii contingit, ab hac nostra differt, vid. idem 1. *Jurispr.* 6. *Princ.* 5. *Illa.* 3. *pag.* 240. Quin et Jo. P. Surd. *Decis.* 310. *n.* 14. istam non propriam esse separationem ostendit. Quippe inventarii hic effectus, ut impediat ne bona et jura heredis confundantur cum hereditariis. Et hic itaque potius declaratur immixtionem factam non esse, Surd. *d. loc. n.* 17. In propria autem separatione quæ vere antea confusa et commixta sejunguntur.

(5) In *d.* §. 12. non confusio accipienda quæ fit juris potestate per aditionem, cam enim separatio supponit; sed vera et realis mixtio corporum in hereditate cum corporibus bonorum heredis, vid. A. Fab. 2. *Err. Prag.* 2. *pag.* 46.

quorum postulatur separatio vendidit, multoque magis si et tradidit: *L.* 2. *D. eod.* nan erit in eadem caussa quod pignori tantum de bonis hereditariis obligatum est ab herede, *d. L.* 1. *§. sciendum, eod.* Exstat enim id adhuc in bonis, et ubi sit intelligitur; hic tamen et confusio bonorum et distractio rata est, si ut in *d.* (6) *L.* 2 scriptum est, *nulla fraudis incurrat suspicio.* Etsi enim illic de hereditate vendita agitur, non de confusis et commixtis bonis; tamen ea ratio ibidem reddita est, quæ pariter ad omne factum heredis pertinet. Nam, inquit Papinianus, *quæ bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent:* ex quo eadem opera intelligimus et cur superiora facta heredis excludant separationem bonorum; fecerunt enim ut bona jam amplius hereditaria non essent: quod servandum est, et illud prætereа, ut nihil quod per heredem fraude gestum sit medio tempore, ratum haberi oporteat: fraus in eo est, qui sciens bona defuncti solvendo esse, sua non esse, bona hereditaria nulla necessitate rei familiaris alienavit; quæ in universum in fraudem creditorum alienentur, dicam sub Titulo de iis quæ in fraudem creditorum alienata sunt.

X. Voluntate sua removetur a separatione creditor qui sponte heredis nomen et obligationem secutus est, quod is fecisse intelligitur qui quid cum eo gessit contraxitve de integro, quod non ad exigendam pecuniam necesse haberet facere; sed quod voluntate ejus factum pertineret ad renovandam et constituendam differendamque obligationem. Veluti, si idem stipulatus est ab eo novandi animo, si pignus accepit, si accepit usuras, non quæ competierant, sed quæ ita sint constitutæ de integro ut his contentus vellet creditor solutionem exspectare: hæc sententia *L.* 1. *§ illud. §. item quæritur, §. si pignus, eod.* Non est in hoc numero is qui (7) judicium dictavit heredi, quia ex necessitate hoc fecit: sic enim scriptum est in *L. ult. eod.* Id autem valet: non impetrat separationem qui cum herede judicio egit de debito; necesse enim habuit id facere, si ad suum jus pervenire vellet: necessitas autem electionem et consensum non habet, *L. rem legatam, D. de adi. leg.* Tempus ad postulandam separationem constitutum est (8) quinquennium; ultra id igitur non postulabitur, *L.* 1. *§. quod dicitur eod. tit.*

XI. Separatio non fit jure ipso: hanc a magistratu impetrari oportet. Impetratur autem a prætore aut præside; id est eo magistratu cujus in jurisdictione summum est imperium, non ab ullo alio. *L.* 1. in pr. et *§. de his, eod.* Conceditur autem decreto *d. L.* 1. in prin. id est caussa cognita an admittenda sit necne, *d. L.* 1. *§. de his.* In caussa hæc erunt quæ supra concurrere debere dixi, ut separatio admittatur.

XII. Separatione bonorum defuncti impetrata, suum quique creditores ex bonis sibi attributis, quod poterunt consequentur. Si totum non poterunt, quæritur an ea vis sit separationis, ut penitus ab aliis bonis separatis excludantur, quamvis dimissis ipsorum creditoribus, aliquid ex his supersit. Id quod efficere videtur separatio. De eo ita placuit si postquam creditores defuncti suum consequuti sunt, supersit quid ex bonis defuncti, creditoris heredes id habere possent in debitum suum; est enim revera heredis: at bonis defuncti non sufficientibus, si quid supersit ex bonis heredis, id creditores defuncti non habebunt; est enim id quidem heredis et heres creditoribus hereditariis est obligatus; sed (9) imputare sibi debent si, cum essent bona heredis idonea, maluerint his repudiatis bona defuncti sibi separari: sic tamen ut justa eorum ignorantia (10) veniam mereatur: hoc Ulpianus in *L.* 1. *§. item sciendum, p nul.* quod verbis Pauli plenius positum est in *L. si creditores, eod.* Extat Papiniani sententia in *L.* 3. *ult. eod.* existimantis in quovis creditore qui sepa-

(6) Quia suo jure utitur in eo heres, cui animus creditorum hereditatis de separatione petenda ignotus, Ant. Fab. *supra d. Illat.* 3. *p.* 246.

(7) Illic sibi imputet, hic novatio necessaria non nocet, nec actionem exercendo conditio cujusquam deterior fit, per vulg. Ant. Fab. *d. Illat.* 3. *pag.* 245.

(8) Quia etsi hoc Prætoris subsidium æquitate summa nitatur, tamen cum tollat potestatem ac effectum juris communis, quo aditione confusio bonorum inducitur, tempore coarctatur. Ant. Fab. *d. loc.*

(9) Ubi ratio differentiæ. Nihil imputari potest creditoribus heredis qui non postulaverunt (neque etiam potuerunt ut *h. C. N.* 4.) sed aliis postulantibus inciderunt in separationem, Cujac. 27. *QQ. Papin. in L.* 3. *§. ult. h. t.* add. Asin. *de Excec. §.* 7. *C.* 21. Sane si idem et defuncti creditor et heredis diversa ratione, ejusdem crediti, portionem is quoque facit aliis creditoris heredibus in residuo, ut in specie *d. L.* 3. *§.* 1.

(10) Impetrata restitutione in integrum ex caussa erroris. Cujac. *d. loc.*

rationem impetravit, probandum esse, ut si solidum ex hereditate id est bonis defuncti servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si creditoribus heredis satis factum erit. Sed perspicuum est, eam sententiam nominatim notari a Paulo in *d. L. si creditores*, (11) *vers.* quod si. *Quod si proprii*, inquit, *ad solidum pervenerunt, id quod supererit, tribuendum hereditariis quidam putant; mihi autem non videtur:* hoc Paulus: quo nihil apertius. Hoc igitur sequimur repudiata Papiniani sententia; quasi nota et reprehensio Pauli esset a Justiniano, profecta, ut ipse Justinianus fieri jubet in *L. 1. §. sed neque*, et *§. et omnis, C. de vet. jur. enunc.*

(11) Convenit Cujac. 27. *QQ. Pap. ad d. L.* 3. *§. ult. et* 23. *QQ. Pauli ad d. L.* 5. Papinianum æquitate niti, docens per voculam *commodius d. §. ult.* Ulpian. *d. L.* 1. *§. pen.* et Paulum *d. L.* 5. contradicere eidem. Nec nisi distinctione juris et æquitatis hoc dissidium componi posse.

## CAP. XVII.

### De curatore bonis dando, et ad hunc Titulum Digestorum.

*Necessitas curatorem dandi bonis possessis a creditoribus; et ordo rerum.* I.
*Dari curatorem bonis qui postulent a magistratu; et an detur cognita caussa, vel secus.* II.
*Datur curator a prætore, non ex privato creditorum consilio.* III.
*Datur tamen is, in quem major pars creditorum consenserit.* IV.
*Et hic voluntarius, non invitus, nisi ex magna necessitate.* V.
*Qualis et quanta sit curatoris bonorum potestas.* VI.

I. Bonis a creditoribus possessis, multa sunt quæ fieri in bonis intersit et debitoris et creditorum, a creditoribus tamen geri non possint; ut proinde res flagitet aliquem dari qui interim, dum aliquis defensor exspectatur, curet et administret ea quæ dixi. Sæpe res urget ut quædam alienentur ex bonis, ne vel illa vel alia pereant. Multæ etiam sunt res quæ tempore corrumpuntur et deteriores fiunt; quæ nisi distrahantur suo tempore, necesse sit, earum pretium nobis perire; ut frumentum, vinum, oleum, poma, legumina, omnesque omnino fruges: quædam animalia propter impendia magis onerant. Imminet præterea interdum æs alienum grave quod ex pœna crescat, ut expediat in primis id dissolvi; quod fieri non potest, nisi pecunia quæ est in bonis, alienetur aut aliæ res distrahantur, ut conficiatur pecunia ad eam rem. In quibus omnibus alienatio bonorum etiam in rem debitoris est necessaria. Sæpe utile est agi nomine debitoris, ne actio tempore pereat. Horum vero per creditores nihil potest expediri. Nam hi eum domini non sint, eumque his nondum permissum sit bona distrahere, ea scilicet nec vendere nec alio modo alienare possunt. Agere autem nomine debitoris multo minus, ut pote qui non habeant actionem, *L. si pupilli, §. ult. D. de neg. gest.* At expediri ista possunt, si quis (1) publica auctoritate constituatur curator bonis, ut hi possunt qui instituuntur curatores furioso, prodigo, surdo, muto. Hac de caussa comparatum, ut bonis possessis curator iis daretur, per quem subsidio obtinerentur illa quæ dixi; his enim rebus dari eum et prælici constat, ut interim quæ urgebunt distrahantur. *L. si quis instituatur.* 23. *§. 1. D. de hered. inst.* id est quæ necesse erit distrahere, ne aut pereant aut servata rem minuant, *L. Fulcinius, §. adeo, quib. ex caus. in pos. eat.* Item ut, si quod est grave æs alienum quod ex pœna crescat, et maxime si publicum debitum immineat, id solvatur per curatorem, *d. L. si quis, §. sed etsi, de her. inst. d. L. Fulcinius, §. adeo, L. 1. in fin. D. de cura. bon. dan.* Item ut instituat actiones, si quæ sint ejusmodi quæ tempore periturae sunt, *L.*

(1) Qui, debitore vivo, olim magister bonorum, mortuo, curator dici, Scip. Gentil. *Orig. Sing. pag.* 279. Confer Gerd. *ad d. L.* 57. *de V. S. n.* 2. *et* 3. Cujac. *ibid.* Ræv. *ad L.* 148. *de R. J.* Cæterum de hac materia etiam *supra Lib.* 3. *C.* 23. Ac præter illos citatos, consuli possunt Menoch. *Arb. C.* 250. Gail. 2. *Obs.* 130. Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ C.* 8. Moller 4. *Semestr.* 23. Choppin. *de Privil. rust. Lib.* 1. *Part.* 1. *C.* 6. Cæs. Contard. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 53. *et seqq.*

*creditores*, 14. *D. de reb. auct. jud. pos.* Quo recepto, videndum est quibus postulantibus curator bonis detur; quis constituat; quis detur; quæ sit dati potestas, quod officium.

II. Curator bonis constituitur, postulantibus crediturihus, nempe iis (2) quorum interest; quorum etiam ex consensu constituitur, *L.* 2. *D. de cur. bon. dan.* Quod si aut pupilli vel furiosi bona possessa sint aut ejus in cujus bonis deliberant scripti heredes de adeunda hereditate, nihil prohibet et illic amicos aut conjunctos furioso, vel pupillo postulare curatorem: aut hoc idem facere heredes qui de hereditate deliberant, quorum propter spem hereditatis interest bona non deminui. Quemadmodum et in caussa ventris curatorem ventri petit mulier eo quod ejus interest, *L.* 1. §. *quoties, D. de vent. in pos. mitt.* Nemine curatorem petente, prætor curatorem non dabit, quanvis creditores in bona miserit. Sic jus est, ut eum de curatore constituendo adiri oporteat, *L.* 2. in pr. *D. eod.* Sed utrum, cum petitus est curator a creditoribus, prætor statim eum dabit, an in ea re caussa cognita est opus? Et quamquam frustra datur curator, si nulla res urgeat ex iis propter quas eum constitui diximus; tamen an hoc ita sit nec ne, fides ejus rei penes creditores et eos quorum interest esse debet, ac debet curator omnino constitui his postulantibus. (3) Etenim, si est aliquid in bonis quod desideret operam curatoris, non est denegandus; si nihil est, non eo minus debet dari, cum ea datio nihil noceat curatori; qui si nihil administret ubi nihil est quod administretur, non tenetur.

III. Quis curatorem constituat jam dixi; prætor scilicet in eam rem aditur, qui et constituit curatorem, *d. L.* 2. *eod.* Quod si creditores privato consilio convenerint et elegerint unum per quem bona distraherentur, hic non est curator; eoque ut non teneatur iis a quibus electus non est, ita etiam his res administrando nihil (4) nocet, *L. ult. eod.*

IV. In ea administratione qua res ad creditores pertinet, etiam geritur de consensu et sententia creditorum; itaque is datur quem major pars creditorum elegerit, *d. L.* 2. *eod.* Et solet constitui unus ex creditoribus, *L. si diu.* 8. et *L. seq.* in pr. *L. Fulcinius*, §. *adeo, D. quib. ex caus. in possession. eat.* Sed possunt etiam plures constitui, ut si forte negotia sint diffusa nec unus facile possit sufficere omnibus, *d. L.* 2. §. 1. et §. *ult. eod.* quamquam et hoc ex consensu creditorum transigitur, *d. L.* 2. in princ.

V. Invitus nemo cogitur fieri curator bonorum, nisi ex magna necessitate et Imperatoris arbitrio hoc procedat ut invitus creetur, *d. L.* 2. §. *quæritur.* Magnam necessitatem accipiemus, si eæ caussæ quas initio dixi, aperte curatoris operam desiderabunt; cæterum nemo erit quanvis idoneus qui non hoc munus volens suscipiat. Etenim scriptum est in *L.* 1. §. *ult. D. de muner. et honor.* curatorem bonis datum fungi munere personali, ex quo colligi videtur munus hoc esse. Quod si munus est, sine dubio invito imponitur. Munera enim publica sine justa excusatione detrectari non possunt. Sed non si hæc cura munus personale esse dicitur, ideo simpliciter recte colligitur munus esse. Aliud est enim si quæratur an curatoris bonorum munus sit publicum: aliud si quæratur quale sit munus publicum, personale an patrimonii. Si munus est, personale est non patrimonii, de quo agitur in *d. L.* 1. *de mun.* et sane interdum est munus et tale quod detrectare non liceat; sed non semper, quod superiore dicto non negatur.

VI. Curatori bonorum, pro potestate ei data, ea licent quarum rerum gratia eum constitui initio dictum est. Res custodire videlicet ut suas, *L. inter, D. de admi. tutor.* eas quæ mora deteriores futuræ sunt vendere, *d. L. inter*, æs alienum dissolvere pecuniamque in eam rem conficere, *d. L. si quis instituatur*, §. *sed etsi, D. de here. inst.* actiones, maxime quæ perituræ videantur, exercere. Nam et hæ curatori utiles competunt, *L.* 2. vers. *eisque actiones, D. de cur. bon. dan.* Sed et vicissim in curatorem (5) utiles actiones competunt, *L.* 2. 1. resp. *eod.*

(2) Quin et posse hunc dari ex judicio parte, non petente, docet Asin. *de Exsecut.* § 3. *C.* 103. *et seqq.* ubi vide.

(3) Confer *supra Lib.* 3. *C.* 23. *n.* 4. 5. *N.* 1. et Forst. 2 *de Success. intest.* 9. *n.* 8. Anton. Del Re *de Juram. calum. C.* 15. *n.* 300. *et seq.* ubi notat judicem domicilii dare curatorem hereditati jacenti.

(4) Et ita licet creditores possint eligere per quem bona distrahantur, multum tamen inter eum et datum a prætore interest. *d. L. ult.* Anton. Fabian. *Jurispr.* 12. *Princip.* 3.

(5) Quæ utrinque utiles, quia nemo actiones directas habere potest, quæ alteri prius acquisitæ, cum eæ a persona separari nequeant, *L.* 55. *de procur. L.* 60. *ad Trebel.* A. Fab. *d. Princip.* 3. Contra DD. vulgo.

quibus eum illo aut ii creditores experiuntur qui se ad bona possessa ut cæteros admitti velint, et negentur esse creditores: aut creditores omnes in hoc, ut pecuniam quam ex rerum distractione redactam habet, vel distribuat pro portione inter creditores, vel iis solvat quibus sub pœna debebatur. In quibus omnibus ita curatores creati dominorum loco habentur, ut quæcumque per eos gesta sunt rata sint: et si forte et ad agendum, vel ad defendendum dent procuratorem (quod post litem ab eis contestatam eis facere jus est, *L. neque, C. de procur.*) a procuratore neque de rato neque judicatum solvi satisdatio exigatur nomine ejus cujus bona venerunt, sed nomine ipsorum curatorum qui procuratorem dederunt, quasi dominorum, *d.* (6) *L.* 2. in pr. Si plures curatores creati sint, in solidum agere possunt singuli et non pro portionibus; præterquam si per regiones certas fuerint constituti. Ergo ut quis in solidum agere, ita et singuli conveniri possunt in solidum, etiam si is conveniatur qui nihil ex bonis attigerit, non secus quam si in solidum egisset, administrasset, *L.* 2. §. *si plures*, et §. *ult.* et *L.* 3. *D. eod.*

(6) Non tamen tutoris loco est, ut in ejus bonis jus prælationis oriatur, *L.* 22. §. 1. *de reb. auct. jud.* vid. Vanderan. *de Privil. cred. C.* 7.

## CAP. XVIII.

### De his quæ in fraudem creditorum alienata sunt, ut restituantur. Et ad Titulum hunc Digestorum.



I. Hæc omnia eo constituta sunt ut creditores in possessionem missi suum consequantur. Sed consilium prætoris fraude debitoris interverti potest, nisi occurritur. Potest enim alienare quæ habuit; ac quanvis bona ejus a creditoribus (1) possessa sunt, tamen cum ipse adhuc bonorum sit dominus, necesse est quæ a domino facta est, ratam esse alienationem. Dum ergo id agit prætor ne creditores fraudentur ac frustra missi sint in possessionem, adversus hanc fraudem consultum est edicto prætoris creditoribus, dum ea revocat quæ in fraudem alienata sunt. Exstat edictum partim in *L.* 1. partim in *L. ait prætor.* Quo et se, ad ea revocanda quæ alienata sunt in fraudem, actionem daturum pollicetur et simul interdicti formulam proponit quod ad eam restitutionem sit daturus; cui nisi pareretur, sequebatur illa in factum actio quam pollicebatur. Edicti pars prior quæ pollicetur actionem est in hæc verba: *Quæ fraudationis caussa gesta erunt cum eo qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dari oportebit, intra annum quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. Idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit, servabo.* Sequitur formula interdicti quam edicto suo præscribebat prætor ut sciretur quam formulam de ea re daturus esset. Hoc interdictum olim præcedebat: ex quo, nisi res esset restituta, sequebatur in factum actio ex caussa interdicti, ut Justinianus significat in §. *ult. Instit. de interd.* de quo nunc non est dicendi locus. Hæc autem erat actio quam supra prætor pollicetur: formula interdicti hæc quæ exstat in *d. L. ait prætor. Quæ Lucius Titius fraudandi caussa, sciente te, in bonis quibus de agitur fecit; ea illi, si eo nomine quo de agitur actionem ex edicto meo competere esseve oportet, et si ei non plus quam annus est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas.* Et hactenus

(1) Hoc itaque velle videtur hic Donellus actionem hanc non dari, nisi cum res in quas immissio facta, post eam missionem alienatæ. Quæ si illius mens in eo, nec secum ipse convenire videtur. Qui ad §. 6. *I. de act. n.* 9. Paulianam dari sive bona possessa sint sive non, docet per *L.* 16. *L.* 17. §. 1. *h. t.* quæ tamen parum ad rem faciunt. Tametsi immo verissimum sit etiam antea fraudulenter alienata sic revocari, vid. *h. C. N.* 19.

quidem proponit actionem prætor adversus eum qui fraudem non ignoravit. Sequitur altera pars edicti qua actionem pollicetur, caussa cognita etiam de eo quod in fraudem alienatum sit, ignorante eo ad quem pervenit; quæ particula subjicitur continenter interdicto in *d. L. ait*, his verbis: *Interdum, caussa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam.* In his explicandis omnis est posita sub hoc titulo in Pandectis veterum interpretatio. Quorum omnium jus et sententia facile et sine ullo errore intelligi et memoria teneri potest, si hæc capita rerum in verbis edicti et interdicti observentur: quæ deinde singula ordine exsequemur, ut ad ea interpretatio illa revocetur; hæc inquam, capita: Quæ revocentur hoc edicto, quibus conditionibus: tum ejus rei nomine quæ actio, cui, in quem, ad quid detur et quandiu.

II. Revocat prætor quæ gesta sunt fraudandi caussa; sed ita ut ea (2) restitui jubeat. Sic enim verba interdicti concepta sunt: *quæ Lucius Titius fecit, restituas.* Restitui illa intelliguntur quæ, ab aliquo profecta, postea ad illum redeunt. Ex quo verbo intellectum est, etsi de omnibus gestis prætor initio loquitur; tamen edictum tantum ad ea referri quæ quis cum haberet amisit, fecitque ut ad alium pervenirent: quod autem cum posset quærere, id non egit ut acquireret: veluti si legatum aut hereditatem sibi delatam repudiarit; eos quibus delata est, quos in potestate sua habet filios aut servos emancipavit aut manumiserit: ad id, inquam edictum non pertineret, (3) *L.*

(2) Ubi necesse est ut res in bonis debitoris fuerint per §. 6. *I. de act.* verbis *rem suam*, Vultej. *in d.* §. 6. *n.* 28. Wes. *Cons.* 17. *n.* 27. (etsi post obligationem contractam quæsitæ, Vult. *d. loc. n.* 29.) idque probandum est hic agenti, Wes. *d. n.* 27. Et ut traditio facta sit aut dominium translatum, alias non dicetur alienatum, *L.* 67. *d. V. S. L.* 1. *C. de fund. dot.* Vult. *d. loc. n.* 33. Coras. *ibid. n.* 6.

(3) *L. non fraudantur* 134. *pr. de R. J. L.* 67. §. 1. *et* 2. *ad Sc. Trebel. L.* 28. *pr. de V. S.* quia facultas adeundi vel agnoscendi legati, jus nondum quæsitum, non est in bonis nostris, *L.* 42. *de acq. do. L.* 5. §. 5. *de jure dot. L.* 53. §. 13. *de don. int. vir. L.* 1. §. 23. *de collat.* cum aut a lege obveniat, aut a defuncto deferatur, ita ut agnoscere vel non agnoscere liberum sit, Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 12. *n.* 2. *et n.* 7. Annæ. Robert. 3. *Rer. jud.* 12. *pag.* 717. P. Fab. *ad L.* 78. *et seq. de R. J. p.* 356. Gasp. Schifordegher *Lib.* 1. *ad A. Fab. Tract.* 9. *Q.* 1. Quin jure hic suo uti repudians, nec fraudulenter versari vel cuiquam injuriam facere videtur, *L. nemo* 151. *de R. J.* cum non obligatus sit debitoribus ut acquirat, sed de acquisitis conveniri possit. Wes. *Cons.* 17. *n.* 42. *et n.* 46. Nec juris ratio patitur quem compelli ut agnoscat hereditatem vel legatum, Valla *d. Tr.* 12. *sub fi.* cum et adeundo quasi contrahere heres videtur. Ac sicut liberum est contrahere, ita et acquirere, cum in alienando quæsitum, non autem in non quærendo, præjudicium alteri fiat, Gœd. *ad L.* 28. *pr. de V. S. n.* 19. Quanvis autem legatum retro nostrum sit, nisi repudietur; attamen aliud cum repudiatur *L.* 5. §. 6. vers. *et ait Julianus D. si quid in fraud. patron.* Barg. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 84. Rob. *d. C.* 12. *p.* 717. Et quanvis ignoranti id acquiratur, non tamen invito; nec id lex vult ut nolenti liberalitas acquiratur, A. Fab. 8. *Conject.* 19. Licet item in suis heredibus, citra aditionis solemnia, continuatio dominii intelligatur; tamen et horum abstentio a paterna hereditate fraudulenta non habetur, *L.* 3. *C. h. t. de revoc. his quæ in fr. cred.* Rob. *d. loc.* vid. Wes. *d. Cons.* 17. *n.* 44. *et seq.* Nec si præteritus vel exheredatus filius ære alieno obrutus, cogitur querelam inofficiosi vel condictionis ad expletionem legitimæ exercere, urgentibus creditoribus, arg. *L.* 1. §. 8. *Si quid in fraud. patr.* Quanvis autem quoad legitimæ recusationem quæstionem varie tractatam referat Rob. *d. C.* 12. quod quasi quoddam æs alienum sit, in quo creditor filius habeatur, vivo etiam patre; Fab. de Anna. *Cons.* 86. *n.* 3. 45. probatius tamen nec ad eam petendam filium a creditoribus suis recte compelli, sive chirographarii hi sive hypothecarii, per *d. L.* 6. §. 2. *et L.* 19. *h. t. L.* 1. §. 8. *si quid in fr. patro. L.* 67. §. 1. *ad Treb.* quomodo Lutetiæ judicatum. Valla *d. Tr.* 12. *in fi.* (Etsi alio tempore idem Senatus contra censuit, teste Rob. *d. C.* 12. *sub fi. in not. marginal. Gallicis*) vid. Wes. *d. Cons.* 17. *n.* 44. et passim Fachin. 13. *Contr.* 46. Et renunciationem legitimæ vivo patre, ceu in fraudem creditorum factam non revocari, contra Ancharan. *Cons.* 101. firmat Jo. Gutier. *in Repet. C. quanvis* 2. *de pact. in* 6. *n.* 24. quia si hereditas delata omitti potest, item legatum, quod recta tamen via transit, magis deferenda. Nec est quod juste hic conquerantur creditores, sive sine obventuræ paternæ hereditatis contemplatione filio crediderunt, fiducia bonorum aliorum, quia nulla horum fit diminutio; sive ejus intuitu, quia et imprudentes, si obligari putant posse bona in quibus nondum jus ullum debitori; et impudentes, si filio ut captet patris successionem incentivum præbent. Rob. *d. C.* 12. *sub fi.* Objic. 1.° *L.* 45. *pr. de jure fisci* ubi et si non quæratur, in fraudem fisci alienatio habetur. Plerique resp. speciale id esse in fisco ejusque debitore, Cujac. 8. *Obs.* 9. Rob. *d. C.* 12. *p.* 717. Fachin. 13. *Contr.* 46. *in fin.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. *n.* 83. Schiford.

*quod autem* 6. princ. *hoc tit.* Interim illud manebit, quicquid quis habuit, sive fecit recta ut desineret habere, sive ita se obligavit ut cogeretur postea desinere habere, sive etiam id ei ablatum est, id omne hoc edicto (4) revocari, *L.* 1. in fin. *L.* 3. in fin. *eod.* Habet quis aut rem aliquam pleno jure, aut actionem tantum ad rem consequendam, aut eam ad tempus retinendam exceptionem.

III. Rem quam quis habet desinit habere, quia alienata, vel habet pro derelicta, vel sinit usucapi aut non utendo perire: quo modo amittuntur servitutes. Ita non alienatio tantum, sed omnis amissio superior ad hoc edictum pertinebit, *L.* 1. in fin. *L.* 3. illic, *aut usumfructum.*

IV. Desint quis habere actionem his modis, si aut debitorem vel (5) pignus acceptilatione pactove liberet, aut ita non agat ut dies actionis excat; aut lite mota ad judicium non adsit, quo facilius reus absolvatur. Proinde quicquid horum gestum erit, quod amissum est revocabitur, *L.* 1. in fin. *L.* 2. *L.* 3. *L. si pignus*, *L. debitor*, *L. ult.* in princ. *eod.*

V. Desinit quis habere exceptionem ad rem suam retinendam, qui id quod debebat in diem ante diem solvit. Quapropter et hujus quoque temporis intermedii commodum placet (6) revocari, *§. ait*, *§. si cum in diem*, *L. omnes*, *§. ult. eod.* Sed etsi quid ereptum sit debitori, id debitor habere desinit: et dum propter fraudem ejus contigerit ut ei auferretur, ad hoc edictum pertinet; quod in hac specie responsum est, cum creditor debitorem fugientem persecutus pecuniam ei abstulit, *L. ait*, *§. si debitorem.*

VI. Non intererit qua ex caussa quid alienatum sit, ut ex hoc edicto revocetur: nihil intererit, puta, donaverit quis an vendiderit, atque adeo an ex caussa quæ necessaria aut publica videatur solverit. Itaque etiam res in fraudem creditorum doti data aut constituta (7) repetitur, *L. ait*, *§. si cum mulier*, *L. ult.* §. 1. *eod.* Quin etiam, si debi-

*d. Tr.* 9. *Q.* 1. Melius Valla *d. Tr.* 12 *p.* 278. verba *si non quærretur* exponit, quando debitor dominium ejus rei quæ illi ex contractu vel quasi debetur, quærere neglexit; ut si obligationem remisit vel rem tradi recusavit. Convenit P. Fab. *ad L.* 78. *et seq. de R. J. referens d. L.* 45. *pr.* ad speciem *L.* 1. §. 7. *si quid in fraud. patron.* Quæ eadem *in L.* 3. §. 1. *h. t.* Eaque aptior ratio conciliandi *d. L.* 45. *pr.* cum *L.* 26. *eodem tit. de Jure fisci*, quam quæ allata a Cujac. *d. C.* 9. intricata fere, ut quid sibi velit ægre colligas; aut quæ a Pacio 7. *Enant. Q.* 75. qui vult regulæ quæ *d. L.* 45. *princ.* exceptionem tradi *d. L.* 26. Cujus ratio sit quod hereditas ipso filio delata ac naturalis affectio potius videatur fuisse caussa emancipationis, quam ut fraus fisco fiat. Quanquam si quis vulgari sensu *d. L.* 45. acceptam malit, tutius adhærere possit solutioni Gilbert. Regii 1. *Enant.* 14. Quod casus sit specialis in *d. L.* 46. Cuius ratio, quia pater invito filio, si is noluisset adire, non quæsivisset hereditatem. Non autem verosimile est ibi aditurum filium, ut patri et per eum fisco acquirat. Objicitur 2.° *L.* 5. § 8. *de reb. eorum qui sub tutela*, ubi repudiatio legati a pupillo, alienatio vocatur. Respond. Gœd. *ad L.* 28. *princ. de Verbor. Significat. n.* 21. loqui *d.* §. 8. de legato vindicationis per verba *cum res sit pupilli*, quod sine prævia agnitione ipso jure acquirebatur; et ita tractari non de occasione quærendi, sed amissione quæsiti. Verum et indistincte loquitur *d.* §. 8. et differentia illa sublata, legesque ex persona Justiniani accipiendæ. Potius dicendum cum Petro Fabro *ad d. L.* 78. *et seq. p.* 350. id speciali ratione in pupillo, utalia, receptum esse ne inconsulta facilitas ipsi noxia sit. Aliter Schifordegher. *d. Q.* 1. ubi et objectionem ex *L.* 2. §. 5. *de hered. vendit. et L.* 1. §. *pen. Si quis omiss. causs. testament.* satis diluit. Nunquid heres ejus, qui legato nondum agnito decessit, repudiare id in præjudicium creditorum suorum item hereditariorum possit, disceptant Fachinæ. 6. *Controv.* 83. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 85. *et seq.* et Schifordegher. *d. Tr.* 9. *Q.* 2. *et* 3. Denique hinc inferunt maritum obæratum posse renunciare lucro dotis a statuto concesso; item filium qui ex statuto posset excludere sororem, eandem admittere posse, ut et qui rogatus post mortem restituere hereditatem statim posse, vid. Rolandum a Valle *de Lucro dotis Q.* 40.

(4) Quibus modis contrahendo, distrahendo, negligendo et fraus fiat creditoribus fuse singulatim exponit Celsus Bargal. *Libr.* 5. *de Dolo C.* 6.

(5) Etsi enim remissio pignoris donatio non est *d. L.* 18. *et L.* 1. §. 1. *Quibus modis pignus solv.* nec inde remissio sortis inducatur, *ut suo loco*, unde eadem inter coniuges licita, hac tamen in re fraus incurrere potest, si qui pignus dederat non solvendo fiat. In renunciatione quoque beneficiorum ecclesiasticorum fraudem fieri declarat Barg. *d. C.* 6. *n.* 65. *et seqq.* ut et beneficiorum fidejussoris *ibid. n.* 80. ac delatione vel relatione juramenti, *L.* 9. §. 5. *de jurejur.*

(6) Vid. Bargal. *d. C.* 5. *n.* 57. *et n.* 75.

(7) *L.* 14. vers. *ult. D. L.* 2. *C. h. t.* Etsi enim dotis caussa favore digna, tamen nec libertatis, cujus major favor, datio in fraudem valet, cum species furti sit de alieno largiri, vid. Gœd. *ad L.* 125. *de V. S. n.* 6. Non obst. *L.* 1. §. 10. *Si quid in fraud. patro.* Alia

tor solverit uni ex creditoribus; etsi maxime creditor recipit et debitor videtur necesse habere solvere; tamen hactenus revocatur pecunia, ut is qui accepit vocetur in portionem, exæqueturque cæteris creditoribus qui in possessionem missi sunt: quorum scilicet cum jam par conditio esse cæperit, aperte fraudantur nisi omnes exæquantur. Hæc Juliani est sententia qua nos uti Ulpianus ait, *L. quod autem*, §. *sciendum;* cui cum fuerit contraria sententia Labeonis, quod Ulpianus refert in *eod. L. in* §. *præced.* perspicuum est eam ab Ulpiano repudiari: congruit *L. cum in vetus*, 22. *eod.* Et ideo quod legimus in *L. penultim. eod.* cum tutor pupilli solvit creditori, etsi pupillus se abstineat, creditorem tamen tutum esse adversus cæteros creditores; quacunque in parte id legimus, sic accipere debemus, si id factum est bonis pupilli non possessis. Et quod dicitur in eadem *L.* securum esse creditorem cui tutor solvit, etsi res in eo esset ut bona debitoris vænirent, sic intelligi debet, si bona vendi potuerint ex edicto si quis rem persequi vellet, non si jam bona possessa sint; quomodo (8) accipi debet similis locus in *L.* 6. §. 1. *D. re reb. auct. jud. pos.* Ergo illis locis declaratur quid ratum sit ex bis quæ tutor pupilli qui se abstinuit, gesserit ante abstentionem, creditoribus nondum in possessionem missis: quod ad hunc tractatum non multum pertinet.

VII. Non simpliciter, si quid alienatum, remissum, contractum sit, revocatur hoc edicto; sed his conditionibus, si quid horum gestum sit fraudandi caussa, et cum eo qui fraudem non ignoraret, et in his bonis de quibus agitur: quibus verbis quatuor (9) exiguntur, in debitore alienante consilium fraudis, et eventus; in accipiente ejus consilii scientia; in rebus alienatis, ut sint ex iis bonis de quibus distrahendis agitur.

VIII. Consilium dico in debitore et eventum (10) quæri, idest ut fraudandorum creditorum caussa quid factum sit, et (11) eventum fraus habuerit, *L. si quis cum*, 15. *L.*

enim patroni ratio qui lucrum captat, alia creditorum qui suum repetunt. De dote in fraudem data, vid. Barg. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 50. *et* 6. *seqq.*

(8) Solutum uni creditorum quando et quatenus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, quando in commune conferendum etc. ac de vera *dd. LL.* sententia varie nostri tractant. Quæ dum differo, remitto ad P. Fab. *ad L.* 78. *et seq. d. R. J. p.* 356. *sub fin. et p. seq.* A. Fab. 20. *Conj.* 14. Gail. 2. *Obs.* 25. *n.* 14. *et seqq.* Flores Diez. 1. *Var. QQ.* 6. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de exsecut.* §. 7. *C.* 3. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 9. Hart. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 20. Gasp. Schiforllegh. *Lib.* 1. *ad* Ant. Fab. *Tr.* 8. *Q.* 4. *et seqq.*

(9) De requisitis hujus actionis vide Sneidv. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 51, *et seqq.* Vult. *ibid. n.* 16. *et seqq.* Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Excep. Resol.* 4. ald. Wurms. *Tit.* 28. *Obs.* 4. P. Vanderan. *de Privileg. credit. C.* 11.

(10) Quæ utraque hic concurrant oportet. Facit *L. fraudis*, 89. *de R. J.* vid. Vul. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 41. *et seq.* Barg. *Lib.* 5. *de Dol. C.* 6. *n.* 36. *et seq.* Moller. *Lib.* 5. *Semestr. Differ,* 1.

(11) Qui probatur aliorum bonorum debitoris excussione, Bargal. *d. C.* 8. *n.* 12. de qua *h. C. N.* 10. Atque hinc videri potest hypothecariis creditoribus hac actione non succurri. Id quod A. Fab. 20. *Conject.* 16. adstruere et operosius firmare nititur Gaspar Schiforheghер. *Lib.* 1. *de* Ant. Fab. *Tract.* 8. *Quæst.* 1. 2. 3. Quibus succinunt Vinc. de Franth. *Decis* 101. *n.* 9. *et* 10. ac Trentacin. 2. *Pract. Res. t. de Except. Resolut.* 4. *pr.* Rationes Fabri hæ: 1.° Non possunt dici hi fraudati alienatione, cum pignoris obligatio rem et possessorem quemvis sequatur. 2.° Hæc actio fictione nititur, fingens rem non fuisse alienatam quæ vere est, *L.* 10. §. 22. *h. t. L.* 38. §. 4. *de usur.* Fictioni nunquam locus nisi ex necessitate; quæ hic nulla, cum possessio avocari possit Hypothecaria vel quasi Serviana, remedio expeditiori in quo et levior probatio et proinde facilior obtentio. Cui igitur bono Prætor hanc proposuisset illis qui pleniori jure suo auxilio juvantur? 3.° Omnes præcedd. Tituli ad Chirographarios solos pertinent. De hypothecariis locus proprius est *Lib.* 20. *D.* His addit Schifordeg. *d. Q.* 1. 4.° Edicto nostro mentio curatoris bonorum. Is constitui bonis pignori nexis nullibi legitur. 5.° arg. *L.* 10. §. 13. *L.* 22. *h. t.* Qui in vetus creditum pignus accepit, ob id tenetur Pauliana; quod si hypothecario daretur Pauliana, non eandem amitteret creditor ob pignus sibi obligatum, ne eadem ratio sit actionis consequendæ et amittendæ. 6.° Hac agens necesse est missus sit in possessionem, *L.* 6. §. 7. *h. t.* §. 6. *I. de act.* Qui autem pignus tenet, mitti in possessionem nequit per *L.* 13. *h. t.* 7. Denique *per L.* 2. *C. h. t.* tum per verba *quibus pignora*, *etc.* tum quia, ut Paulianæ locus sit, requiritur ut non sufficiant bona debitoris. Atqui semper satisfieri potest creditori ex persecutione pignoris. Contra Myns. *ad d.* §. 6. *n.* 37. Sneidvin., *ibid. n.* 27. et Vult. *n.* 49. Qui movetur 1.° generali verbo *creditorum* in Edicto. Nostrum igitur non est distinguere. 2.° Ne obsit creditoribus hypotheca, cum sæpe Hypothecariæ probationes graviores sint, ut expediat Pauliana agere. 3.° Nec alias earum plures in eandem

***ait, eod.*** **Finge igitur aliquid alienatum esse in fraudem creditorum, cæterum creditores fraudatos non esse; cessabit revocatio: propone animo quibus modis non fraudentur**

rem concurrere actiones. Cui sententiæ accedo; quam liquido probat *L.* 21. *h. t.* cujus sensum planiorem nequicquam obscurare nititur Schifordegh. *d. Tr.* 8. *Q.* 3. Si namque *d. L.* 21. Paulianam actionem is qui emit a creditore pignoratitio intentat, ceu scite arguit ipseque Schifordegh. ponit, quo quæso pretextu quove jure successor singularis ea actione experitur si auctori suo non nata, aut in jus persona antea non constitit? Neque enim in persona emptoris incipere potest, cum in hujus fraudem, quippe qui postea emit, nihil actum fuerit, Fac. *L. un. C. Ut act. ab hered.* Vult Schifordegher. in specie *d. L.* 21. creditori hypothecario competere non hanc Paulianam, sed actionem pignoratitiam contrariam contra debitorem pacto illo de finibus malitiose in re versatum. Et quia successori singulari non competat, ideo Paulianam emptori accommodari, quæ ad successores alios transit, *L.* 10. §. *ult. h. t.* In quo sane pugnantia loquitur. Neque enim competere potest successori nisi quæ et antea competit auctori. Supine idem errat dum ait *d. L.* 21. non de pignore a debitore alienato, sed de imminuto ejusdem jure finibus coangustatis tractari, nec pactum istud de finibus alienationem fraudulentam habendam esse. Quid? Anne hoc edictum ad corporum solum alienationem coercendum proditum? annon late verba ejus patent, ut quævis imminutio juris, unde præjudicium creditori metuitur, alienatio habeatur? Esto autem istud (quod oppido falsum.) Nonne qui fines fundi pignorati coangustat, corporalem partem fundi (cujus eadem quæ totius ratio, *L.* 76. *pr. de R. V.*) alienat? Rationem si consulere non vis, consule sensum communem vel exteriorem. Nec aliud oculis tuis se exhibebit. Jus fundi minuitur servitute remissa, corpus ipsum finibus coarctatis. Et tu hæc pro iisdem aut similibus ejusdem generis habere potes. Piget plura. Superest ut rationes adversas diluamus, quo ipso pariter sententia hæc haud parum corroborabitur. Ad 1.° resp. Etsi alienatio debitoris jus pignoris non imminuerit, fraudatio tamen in eo, quod difficilior ejus jam persecutio reddita. Ac quod eventu fraudatus sit creditor inde æstimatur, si ex bonis residuis suum recipere nequeat. Alias dicendum foret eum qui fidejussorem accepit, hac actione quoque non juvari, si hujus accessoriæ obligationis ope salvum servari possit creditum. Quod dicere nolim. Neque quæ roborandæ obligationi accedunt, parte alia eandem infringere debent, aut adimere laxiorem agendi facultatem. Ad 2.° resp. Rationi huic si qua vis, hoc efficit quod Pauliana non inducenda hypothecariorum gratia creditorum, quibus ordinaria juris via prodita. Ast postquam jam inducta, quin iisdem una accomodari debeat nihil impedit, immo multa sunt quæ suadeant, arg. eorum quæ *supra Lib.* 21. *C.* 3. *n.* 2. Sic

hæredis civilis caussa non inventa bonorum possessio: eidem datur tamen §. 1. *in fin. I. de bon. poss.* Ast, dicis, expeditior hypothecaria, levioris probationis. Immo, inquam, pluribus casibus expedire potest hac potius experiri. Graviores natura sua probationes Pauliana requirit. Esto. Ast quid si hæ suppetant, illæ autem hypothecaria requisitæ non item? Ista si firma consecutio, omnis concursus actionum tolletur. Vix etenim est ut non concurrentium altera expeditior sit alia, si utriusque naturam per se et in thesi spectes. Ast in hypothesi et si facultatem actoris intuemur, sæpe gravior probatio unius actionis suppetit, deficiente alia leviori alterius. Sicuti et sæpe consultius est leniori quam pleniori experiri. Age vero: Hypothecaria non datur in heredes; Pauliana datur. Illa in loco rei sitæ; hæc, si in personam est, contendente id Fabro, in foro domicilii rei intentari potest. Jam pone: Cajus Seio oppignoravit munile pretii 100. aureorum. Idem, absente Sejo, fraudandi caussa, Titio fraudis conscio vendit. Hic istud Mævio gemmario pro 100. aureis vendit, qui secum in longinqua regionum exportat. Nonne hic expedit Sejo Titium ejusve heredem in propinquo degentem in solidum pretium rei, juxta *L.* 9. *in fin. h. t.* Pauliana convenire, quam anxia cura Mævium possessorem, aut cui is ubicunque terrarum alienavit, perscrutari ut Hypothecaria teneat ibidem. Sed et ponamus ab hypothecario creditore eundem Pauliana impeti, qui Hypothecaria potuerat; verum ita ut, etsi pignori rem alienatam sibi præ se ferat, non tamen in eo suam intentionem fundet, sed in hujus actionis requisitis. Quid habet hic reus conventus quo actionem removeat? Anne dicet: Ast tibi hypotheca in re constituta est: alia igitur actione experiaris? Nonne hoc modo sinibet adversabitur, se sua sententia condemnabit? Confer et huc accomoda not. *ad Com. Tit. de act.* §. 4. *n.* 8. Ad 3.° Resp. non firma consecutio. Deinde et quædam de hypothecariis tractata, ut *L.* 34. *de reb. auct. jud. pos.* junctis iis quæ *supra C.* 15. *n.* 5. *L.* 37. *ead. L.* 24. §. 1. *eod.* junct. *L.* 1. *In quib. ca. pign. tac. L.* 1. §. 3. *de separat.* Denique, etsi remedia missionis in possessionem etc. non sint hypothecario si jus hypothecæ persequatur, quin tamen eo omisso, ita ut alius creditor ad eam venire possit ordine juris servato, ambigendum non est. Neque enim jus pignoris reale quidquam imminuit personale jus obligationis. Summatim: Hypothecarius non mittitur in possessionem ex. 1. vel 2. decreto (ut vulgo): non etiam Paulianam ideo intentat, quia est hypothecarius. Sed si, intermissa persecutione pignoris, in illam mitti aut hanc intentare maluit, non inde repellitur quod sit hypothecarius; ne quo sibi plenius cavere voluit, id ipsum duriore interpretatione contra eum producatur

creditores; totidem de caussis cessare hanc actionem reperies. Et quidem citra controversiam non fraudantur, tunc cum bonis alienatis, suum consequuntur nihilominus: idcirco res dubitationem non habet quin, si fraudator pecunia aliunde accepta dimiserit creditores, idest iis solverit, bis actio revocatoria non detur; plane iis dabitur, a quibus debitor accepit pecuniam, si eos fraudare voluit; de qua specie scriptum est in *L. ait*, §. 1. *eod.* Sed etsi non consequuntur creditores quod sibi debetur; tamen consensus eorum facit ut non videantur fraudari, si vel consenserunt alienationi, vel pro fraudatore aliquem reum admiserunt, eo contenti. Nam et generaliter probatur neminem fraudare eos qui sciunt et consentiunt, *L. nemo videtur, D. de reg. jur.* Ideo etiam in hac specie alienationis nominatim denegatur actio in *L. quo autem*, §. *præterea, eod.* et omnis creditor bonum nomen facit; eoque modo et debitorem et ejus bona liberat qui pro eo alium reum sequitur et admittit, *L. inter*, §. *abesse*, *D. de mand.* hinc est illud quod scribitur in *L. ait*. §. *si quid in fraudem*, vers. *si vero*, *eod.* si defuncto fraudatori heres exstiterit cumque passi sint creditores, et quasi in creditum habuerint nomen ejus, vel (12) dulcedine usurarum, vel quam aliam rationem secuti, nihil revocari ex his quæ testator alienavit: quod ita Ulpianus eo loco intelligit, ut ex præcedentibus liquet. etiam si is heres quem creditores secuti sunt, postea in integrum fuerit restitutus: atqui isto modo in re ipsa fraus est sine dubio, quia damnum est: sed, ut dixi, voluntate sua non fraudantur creditores qui scientes talem debitorem sunt secuti. Videntur autem sie eum secuti esse, si cum eo quid gesserint de debito, et cum rem possent exigere aut bona distrahere, maluerint obligationem cum eo renovare et differre exactionem aliquo commodo constituto illecti.

IX. Ex contrario, propone fraudatos quidem esse debitores, cæterum debitorem nihil fecisse fraudandi caussa: aperte edictum non dat actionem; ut proinde ei qui hac actione utatur. hoc probandum sit debitorem fuisse hoc animo ut debitores fraudaret; cujus rei probatio quia non est semper in promptu, quibus indiciis rerum hic animus arguatur quærendum est. Et non dubium est eum fraudandi caussa facere qui sciat se habere creditores; se autem, ut sunt bona, non esse solvendo, *L. si quis cum*, 15. *cod.* §. *prævaluisse*, *Inst. quib. ex caus. man. non lic.* Sed non omnes sciunt se habere creditores; et ut sciant de creditoribus, non tamen sciunt quid habeant in bonis. Quin ita est ingenium hominum, ut plus de suis facultatibus existiment quam in his est, *d.* §. *prævaluisse;* ut plurimum intersit certa indicia hic habere quibus, remota omni necessitate scientiam istam probandi, fraus tamen debitoris convincatur. Et ut non probetur quis scire se solvendo non esse, videtur facere in fraudem creditorum quos scit se habere, quisquis (13) universa bona sua alienavit, *L. omnes*, 17. §. 1. Is etiam carere fraude non

tur. Ad 4.° resp. facilis ex dictis. Quin si curator sæpe datur toti hereditati et universis bonis, si ex istis quædam pignori nexa, ea non minus ad curam illius pertinent. Nec ullibi exempla leguntur. Ad. 5.° Respon. Crassa fallacia. Discernendæ personæ et caussæ. In *d.* §. 13. *et L.* 22. tenetur novus hypothecarius aliis creditoribus ideo, quia in fraudem eorum constitui sibi curavit pignus. Non ideo amittit ipse Paulianam contra alios in quos aliæ res debitoris in fraudem suam alienatæ. Neque etiam, si post acceptum pignus in vetus creditum, fraudulenta alia processit alienatio, ideo minus contra illam Pauliana ipsi prodita est. Ad 6.° responsio facilis ex solutione ad tertiam rationem. Ad 7.° respondendo retorqueo. Paulianæ actioni locus. ubi alia bona debitoris. non sufficiunt *d. L.* 2. Atqui hic non sufficiunt alia bona debitoris, quippe pignus alienatum in bonis ejus amplius non est. Ergo. Neque enim vel verba vel mens *d. L.* 2. exigunt in Pauliana ut res nullo alio quoquo modo salva esse possit. De his satis.

(12) Dulcitudine legitur *d.* §. 10. Quomodo Accius acritudinem et alia dixit quæ annotavit ibi Gothofredus. Et ita *dulcitudo* in monumento antiquo relato a Phil. Camerar. t. *Op. succis.* 96. Cujac. 7. *Obser.* 40. lectionem vulgarem *d.* §. 10. manifestæ mendæ damnans sic legit: in creditum abierunt (ut *L.* 5. §. *pen. de trib. act.*) *vel nomen ejus, dulcitudine*, etc. Sed nihil mutandum. Nec inconcinne dicitur nomen in creditum haberi. Vid: et de *d.* §. 10. A. Fab. 20. *Conject.* 14.

(13) Item si majorem partem vel res pretiosiores. Wurms. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 7. Nic. Vall. *de Reb. dub. Tr.* 12. *n.* 5. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 27. *et seqq.* Nec tantum si donavit, sed et si venditione aliove titulo oneroso transsulit, vid. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Except. Resol.* 4. *n.* 5. Sneidv. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 72. Generatim quibus argumentis hic fraus alienantis convincatur, vid. Nic. Valla *d. Tr.* 12. *n.* 5. Wurmser, *d. n.* 7. *et seq.* Sneidvin. *d. loc. n.* 70. *et seqq.* Trentacinq. *d. Resol.* 4. *n.* 4. *et seqq.* fuse Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 14. *et seqq.*

videtur qui conventus testato a creditoribus ne venderet, quasi solvendo non sit, nihilominus perseverat, *L. ait*, §. *si quis particeps, eod.* Ille quidem ab omni fraudis suspicione alienus est qui rogatus hereditatem aut rem aliquam restituere, cum in restituendo portionem ex lege Falcidia retinere potuisset, totum maluit restituere. Non enim facit fraudandi caussa qui ideo facit ut fidem et debitam pietatem præstaret testatori, *L. patroni*, 19. et seq. *eod.*

X. Non est satis fraudem in re esse et fraudandi consilium in debitore: edictum etiam hoc exigit ut qui accepit sciat rem ita se habere, atque ita sit particeps fraudis (14) *d. L.* 1. *L. ait*, in princ. et §. *quod ait, eod.* quod non utique is facere videbitur, qui eum quo cum contraxit, creditores habere (15) scivit, *d. L. ait*, §. *quod ait*, sed qui et eum non esse solvendo scivit, et in fraudem creditorum alienare eo modo quo supra dictum est; aut qui ipse, obnunciante creditore ne emeret, nihilominus comparavit, *d. L. ait*, §. *si quis particeps, eod.*

XI. Interdum, et si is qui accepit nesciat rem geri in fraudem creditorum, tamen datur actio ad revocandum quod alienatum est. Sic enim verba sunt edicti, ut proposui: *Interdum caussa cognita, etsi scientia non sit, in factum actionem permittam, d. L. a. t.* Quod duabus in (16) caussis receptum. Una, si is qui accepit non is fuerit qui posset esse fraudis particeps, ut pupillus: altera, si donationis caussa quid sit alienatum. Gestum est aliquid cum pupillo et fraudati sunt creditores consilio debitoris. *Labeo ait*, inquit Ulpianus in *L. quod autem*, §. si quid cum pupillo, *omnimodo revocandum*, et rationem reddit: *quia pupilli ignorantia non debet esse captiosa creditoribus et ipsi lucrosa; eoque*, inquit, *jure utimur*, quasi diceret: hoc jure utimur, tametsi edictum de sciente loquatur. Et observandum est supra scriptam rationem pertinere ad omnem pupillum, etiam cujus tutor ignoravit fraudari creditores. Ut dicendum sit, sive tutor fraudem scierit sive ignoraverit, revocari quod ad pupillum pervenit; et ideo ait, *id omnimodo revocandum.* Quod igitur idem Ulpianus scribit in *L. ait*, §. *ait prætor*, huic actioni locum esse, si tutor pupilli scierit, ipse pupillus ignorarit, de eo negotio dictum est quod gestum est cum tutore: quo casu Ulpianus ait etiam pupillum teneri de eo quod facto tutoris ad eum pervenit, si modo tutor fraudationem non ignoravit: quod si res gesta sit (17) cum pupillo, aliud dicendum est; ne, ut supra dixit, ignorantia pupilli, id est ejus qui scire per naturam non potuit, noceat credi-

(14) *L.* 6. §. 8. *h. t.* ratio *in L.* 9. ibi *quia dolus h. t.* vid. Sneidv. *ad* §. 6. *I. h. t. n.* 37. *et seqq.* Vult. *ibid. n* 37. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 6. *n.* 37. *et seqq.* Aliud in Calvisiana *L.* 1. §. *dolum* 4. *Si quid in fr. patr.* Harpr. *ad d.* §. 6. *n.* 8. Ortolf. Foman. *Disp. Inst.* 28. *Th.* 13. *lit. E.* Ratio differentiæ in *d. L.* 1. §. 12. junctis iis quæ *h. C. N.* 24. Quid si initio contractus fraudis inscius fraude comperta rem accepit? Et hic tenetur, quia in emptione bona fides traditionis quoque tempore requiritur, ita Sneidv. *d. loc. n.* 38. *et seqq.* Wurms. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 6. Quod pluribus confirmat Barg. *d. C.* 6. *n.* 43. *et* 2. *seqq.* Quia *L.* 6. §. 8. *h. t.* habetur qui sciens *suscepit.* Quo verbo tempus traditionis respicit.

(15) Cujus scita ratio peti potest ex *L. doli* 19. vers. *ult. de Novat.* Ad hæc nemo fere negociatorum, quantumvis ditiorum, creditoribus vacat. Bargal. *d. C.* 6. *n.* 38. Oldend. *Cl.* 6. *A t.* 1. *in Practica n.* 4.

(16) Vulgo et exceptionem statuunt in debitore civitatis, ut cui ab hoc alienatum teneatur etsi fraudis inscius, per *L.* 2. *cir. med. C. de debit. civit. Lib.* 11. *tit.* 32. Sneidvin. *ad* §. 6. *I. de act. n* 40. Trentacinq. 2. *Resol. pract. Resol.* 4. *de Except. n.* 8. Bart. et Dyn. citati a Barg. *d. C.* 6. *n.* 44. Qui recte ostendit hanc exceptionem regula non contineri, cum ibi non alienata revocentur, sed possessores pro rata rei possessæ ad solutionem debiti conveniantur.

(17) Concoqui hæc vix posse videntur. Qui enim, inquiet aliquis, durior conditio pupilli natura nescientis, quam alterius, qui inquirendo scire potuit et cui videtur imputari aliquid posse, quod obæratum esse alienantem nescivit? Nonne alias jura magis ætati favent? Verum ita puto. Aut tutor adhibitus contractui; et sive ipse principaliter contraxit, sive contractui impuberis auctoritatem præstitit, si fraudis inscius tutor, cessat hæc actio tum per *d. L.* 10. §. 5. tum ne facilius teneatur pupillus quam alius; quod absurdum. Sin conscius tutor, datur actio non in solidum, sed quatenus locupletior pupillus *d.* §. 5. in quo mitius cum eo quam cum alio, personæ favore agitur. Aut non adhibitus, et tenetur pupillus quatenus ex contractu eo lucrum cepit. *d. L.* 6. §. 10. v. *lucrosa.* Ubi ratio dubitandi: Pupillus sine tutore rem suam augere potest. Ratio decidendi in *d.* §. 10. Et non favendum pupillo in alterius injuriam. Alias notorie obæratus fraudare volens creditores cum pupillo contrahere etc. Confer P. Fab. *ad L.* 78. *et seq. de R. J.*

toribus. De eo quod donatum est in fraudem creditorum, idem Ulpianus ita scribit in *d. L. quod autem,* (18) §. simili modo. *Simili modo dicimus et si cui donatum sit, non esse quærendum an sciente eo cui donatum est gestum sit; sed hoc tantum, an fraudentur creditores.* Diceret aliquis: at afficitur injuria is cui donatum est, qui sine ullo delicto suo plectitur: occurrit huic objectioni Ulpianus, et subjicit: *nec videtur injuria affici is qui ignoravit, cum lucrum ei extorqueatur, non damnum infligatur:* sed addit istos teneri hactenus dumtaxat, quatenus locupletiores facti sint: congruit quod est in *eod. L.* in vers. seq. et *L. penul.* in princ. et *§. si prius, eod.*

XII. Sed quemadmodum oportet eum cum quo res in fraudem gesta est, scire rem ita geri ut, nisi id sciat, non competat hæc actio: ita si vel unum creditorem scit fraudari, cæteros ignoravit; ad scientiam et participationem fraudis satis est, ut sit huic actioni locus: ita tamen ut, si ei quem scit fraudari, satis factum sit ipso creditore admittente satisfactionem, cesset actio: admittente, inquam, creditore satisfactionem; nam eo repugnante, non evadet actionem is qui fraudem participavit: *hæc in L. ait, §. illud.*

XIII. Sed ut maxime superiora concurrant, tamen non erit huic actioni locus nisi bona debitoris veneant; ut dici possit quod interdicto expressum est, ea quæ revocantur esse (19) ex his bonis de quibus agitur, id est quæ creditores distrahant: hac de caussa si fraudator defunctus heredem habeat et heredis bona venierint, placet cessare hanc actionem, *L. ait. §. si fraudator, D. eod.* quæ res facit ut, etsi bona tantum quæ olim fuerunt defuncti veneant, et quidem tunc cum heres ob aliquam caussam fuerit restitutus; tamen nunquam competat creditoribus actio revocatoria de his quæ a defuncto alienata sunt: semper enim verum est ea bona vænire quæ sunt heredis; quippe qui heres factus, eorum dominus jure esse cœperit, *L. cum heredes, D. de acq. possess.* Nec quidquam mutat in integrum restitutio: qui enim semel heres exstitit non potest quin et post restitutionem heres maneat, *L. ait, §. sed quod Papinianus, D. de minor.* Et hæc quidem jure civili ita se habent: cæterum, herede in integrum restituto, restitutio eo rem deducit, quasi nec heres exstitisset qui exstitit; perindeque bona defuncti veneant ac si heredem non haberet, *§. sui autem,* in fin. *Inst. de her. qual. et diff.* Ergo jam hoc casu creditoribus defuncti revocatoria dabitur, ut subjicitur ab Ulpiano in *d. L. ait, §. si quid in fraudem,* sed utilis ut ipse scribit, non directa ob eam caussam quam dixi. Quæ si ita sunt, utcunque bona fraudatoris in ea caussa sint ut veneant, tamen non ante revocatoria actio competit quam bona distracta fuerint, *L. ait, §. 1. L. ult. §. ult. eod.* inde annus intra quem hæc actio datur, dicitur computari (20) *ex die venditionis bonorum,* d. *L. ait, §. annus,* alias prius

(18) *L. 17. §. 1. D. L. pen. C. h. tit.* Ratio in *d. L. 11.* Fac. *L. ult. sub fin. C. de codicill.* Sneidvin. *ad §. 6. Inst. de act. n.* 46. Vult. *ibid. n.* 27. Bargal. *Lib. 5. de Dolo C.* 6. *n.* 61. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Exc. Resol.* 4. *n.* 7. Quare si dos data fuerit in fraudem, scientia respectu mariti requiritur, non autem uxoris, *L. pen. §. 1. h. t.* Trentac. *d. loc. n.* 8. Refert tamen in modo revocationis, num qui ex lucrativo titulo possidet, scientiam habeat. Is siquidem tenetur, etsi non factus locupletior, ut si in rem donatam tantundem impendit etc. Bargal. *d. C.* 6. *n.* 63. Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 12. *n.* 53.

(19) Quia hac actione res traditæ, perinde ac si traditæ non essent, revocantur. Seu ut Imperator *in §. 6. I. de act.* dicit actor rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse, non quidem nominatim, sed quod nihili putanda traditio et pro nulla habenda, Hot. *ibi Enum.* 2. Peracta quippe reliquorum venditione, si æri exsolvendo non sufficiunt, tum ad has res alienatas pervenitur, ut revocatæ æque distrahantur atque si una in earum possessionem missi fuerint creditores, licet forte ante missionem alienatæ sint. Quid quod post Goth. *in L. 9. h. t.* A. Fab. 20. *Conject.* 14. contendit, si bona antea possessa, nec ipso jure tenere alienationem nec si bonæ fidei emptori facta sit; proinde hac actione opus non esse, ne alias lusoria sit missio. Nec omnino abludit quod Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 4. §. 5. *n.* 15. ex Cyn. et Baldi opinione, quam veriorem et æquiorem vocat, scribit, titulum hunc intelligi debere quando ante litem motam alienatio in fraudem facta. Quod si lite mota dolus intervenerit, etiam citra contractus rescissionem adversus dolo possidentem recta jus suum persequi victorem. Enimvero hoc non aliter obtinere puto quam si res litigiosa effecta. Litigiosa autem non utique bona omnia in quæ missio facta. Ac immo exempla alienationum post bona possessa, quibus locus edicto *in L. 6. § 7. L. 10. §. 16. h. t.* Et *L. 9. h. t.* convenientius accipitur de re post bona possessa, empta, quam si cum A. Fabro interpreteris, cujus bona *postea* possessa sunt. Nam immo qualitas adjecta verbo intelligitur secundum tempus verbi.

(20) Recte. Et ita DD. vulgo, ut huic actioni

inciperet cedere, si ante experiendi potestas esset, *L.* 1. *D. de diver. temp. præs.*

XIV. His rebus quas exposui concurrentibus, interdictum (21) dabatur olim quod supra retulimus. Deinde ex caussa interdicti in factum actio quæ nominatur in edicto et alibi passim, ut *L. ait*, §. *quod ait*. §. *si quis particeps*, §. *si debitorem in L. hæc in factum eod.* nunc loco interdicti sola est actio in factum *d.* §. *ult. Inst. de interd.* hæc datur curatori bonorum si constitutus est; si nullus est curator, datur iis quibus de ea re actionem dari oportet, ut edicto expressum est, *L.* 1. Hi sunt creditores qui obtinuerunt ut bona distrahere liceret; comparata est enim actio ne fraudarentur creditores: proinde iis qui fraudati sunt (22) danda est; quod et significatur in *L. si pater, eod.* ipsi fraudatori dari non oportet. Neque enim factum jure infirmare potest et stulte ei committeretur hæc actio qui nunquam ageret, quo magis fraudentur creditores.

XV. Datur in eum quo eum res in fraudem gesta est, si fraudem non ignoravit, *L. ait*, in princ. et §. *ait eod.* Nec in hujus persona quidquam interérit, utrum res ad eum pervenerit nec ne, itaque et procurator alicujus. si sciens quid emerit a debitore fraudandi caussa alienante, tenebitur hac actione, quanvis non ad eum res pervenerit sed ad dominum, *L. ult.* §. *si procurator, eod.* In eum ad quem res pervenit si fraudem ignoravit, hæc actio non datur, ne si cum eo quidem res gesta sit: quo fit ut multo minus teneatur hac actione is qui emit bona fide non a fraudatore, sed ab eo qui prius a fraudatore sciens emerat, *L. qui a debitore.* Sane si quid gestum sit cum tutore qui fraudem non ignoret, etiam in pupillum hæc actio datur in eo quod ad ipsum pervenit; ut tutoris scientia pupillo noceat: idemque in curatore furiosi et adolescentis dicendum est, *L. ait*, §. *ait, eod.* Nam et alias generaliter ex facto tutoris tenetur pupillus, ex facto curatoris adolescens, si quid facto tutoris ad istos pervenit, *tot. tit. quan. ex fac. tuto. D. et C.* Et quod de re cum tutore gesta dictum est valet in eo quod gestum est cum servo sciente, ut de eo teneatur dominus aut quatenus est in peculio aut quatenus ad dominum pervenit, *L. quod autem*, §. *simili modo quæritur, eod.* Si ad plures fraudis participes res pervenerit, omnes tenebuntur: ut puta filiæfamilias nomine dos data est in fraudem creditorum: tenebitur et maritus et mulier et pater mulieris, si omnes fraudem sciverunt; sed maritus ut dotem jam nunc restituat; mulier et pater ut caveant, si ad se dos pervenerit, se restituturos, *L. ult.* §. *item si extraneus, eod.* Nec solum tenetur hac actione is cum quo res gesta est aut ad quem res pervenit, sed etiam fraudator,

locus sit, præcedere oportere excussionem bonorum debitoris. Ut non prius veniatur ad tertium, quam ubi de residuis bonis credito satisfieri nequit. Quod satis prob. *L.* 1. verbis *bonis ejus excussis*, item *L.* 2. ibi *bonis defuncti non sufficientibus*, et *L. pen.* ibi *bonis possessis itemque distractis*, *C. h. t.* Neque enim de fraudis eventu apparere potest, vid. Coras. *ad* §. 6. *I. h. t. n.* 7. Sneidv. *ibid. n.* 59. *et seqq.* Vult. *n.* 22. *et seqq.* Cujac. 12. *Obs.* 5. Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 1. *et n.* 12. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 2. *et seqq.* Trentac. 2. *Pract. Res. Tit. de Except. Res.* 4. *n.* 12. *et seqq.* Plane non prævia excussione tenere hanc actionem volunt, si a reo non opponatur. Sneidvin. *d. loc. n.* 63. Trentac. *d. loc. n.* 13. Nec requiri eandem, ubi non quantitas aut genus, sed species certa debita, eademque in fraudem alienata, Sneidvin. *ad d.* §. 6. *n.* 64. Trentac. *d. loc. n.* 11. Bargal. *d. C.* 8. *n.* 8. Atque ita, re duobus vendita, si posteriori tradatur, in fraudem prioris, de fraude participante Paulianam dari, (ut in eo dispositio *L.* 15. *C. de R. V.* fallat) ex communi opinione in judiciis servanda. licet forte in puncto juris non videatur vera. scribit Gomez. 2. *Var. Resol.* 2. *n.* 20. *fol.* 233

(21) Et interdicti fraudatorii mentio in *L.* 67. § 1. et 2. *ad SC. Trebel. L. pupilli* 96. *pr. de Solut.* Quod num idem sit cum hac actione non convenit, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 50. *et seqq.* Sneidvin. *ad* § 6. *Inst. de act. n.* 10. Sicuti et multum disceptatur num hæc actio in rem sit, an in personam. Prius placet Cujacio, Corasio et Vultejo *ad* §. 6. *I. de act.* Gifanio *ad L.* 25. *de O. et A. n.* 29. *et seqq.* Posterius Donello nostro ad *d.* §. 6. et A. Fabro 20. *Conj.* 16. Atque ita Sneidv. *ad d.* § 6. *n.* 14. et Old. *Gl.* 6. *Act.* 1. *n.* 3. dari actionem hanc ex delicto contra fraudis conscium, ex quasi contractu vero contra eum qui titulo lucrativo accepit.

(22) Ex omni caussa *per L.* 16. §. 2. *L.* 27. *D. Qui et a quib. manum.* De quo et num quoque in diem, vel sub conditione debeatur. consule Vult. *ad* §. 6. *I. h. t. n.* 19. *et seq.* Coras. *ibid. n.* 5. Sneidv. *n.* 22. fuse Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 4. *n.* 5 *et seqq.* Num creditori futuro, veluti si qui in animo habet mutuo sumere, antequam accipiat, alienat. vid. Vult. *d. loc. n.* 21. Sneidv. *d. n.* 22. Covar. 1. *Var. Resol.* 7. *n.* 7.

*L. ult.* §. *ult. eod.* ait enim prætor *idque etiam adversus eum qui fraudem fecit servabo.* L. 1. eod. quæ verba non putavit Mela ad debitorem pertinere, quia iniquum esset ex ante gesto actionem dari in eum cui bona essent ablata, ut Venulejus refert in *d. L. ult.* §. *ult. eod.* Ipse autem putat eo loco etiam in eum hanc actionem dandam: si modo ita quædam deperdiderit ut recuperari non possint, ut hoc casu non tam emolumentum actionis intueri videatur prætor in eo qui exutus est bonis, quam (23) pœnam. Cui sententiæ congruit illud Marcelli in *L. si pater eod tit.* existimantis, si pater filiofamilias liberam peculii administrationem concesserit, et talem ut vel in fraudem debitorum posset peculium alienare, in patrem dandam esse actionem, quatenus de peculio alienatum est; quasi, inquit, pater alienasset.

XVI. Datur autem actio adversus eos quibus cum res gesta est, quique fraudem non ignorarunt, in id ut quod amissum est restituant, *d. L. ait;* quo verbo quid contineatur videamus. Et quod ad rem attinet quæ alienata est, hoc continetur ut et possessio et dominium restituatur, *L. hæc in factum eod.* quæ ita jubetur restitui ut nec precium emptori restitui oporteat; nisi forte nummi soluti exstent (24) in bonis debitoris, *L. si debitor,* 7. et *L. seq.*

XVII. Si debitorem fraudator liberavit, hoc agitur ut is qui liberatus est restituat obligationem; puta, ut stipulatio quæ accepto facta fuerit, ex integro interponatur, *L. ait,* §. *exitus*, *L. omnes* in princ. *eod.* Interponatur autem qualis antea fuerat, scilicet ut pura pure: conditionalis cum sua conditione; in diem contracta cum sua die; temporaria in id tempus duntaxat restauretur quod, tum cum obligatio extincta est, obligationi supererat, *L. ait.* §. *præterea* et seq. *L. omnis eod.*

XVIII. Quod si quis per fraudationem nactus sit actionem; si quidem adversus debitorem ipsum qui se obligavit, hunc liberare debet; sin adversus alium ut fit cum debitor alicui res aliquas tradidit ut eæ Titio fraudem non ignoranti redderentur (quo facto Titio acquisita est adversus accipientem mandati actio), tum Titius hanc actionem debet actori cedere, *L. hæc in factum eod.*

XIX. De fructibus et caussa omnique commodo quod ex re alienata percipi potuit, tractatum est. Et sine dubio post judicium acceptum omnis caussa præstabitur: id est fructus et partus, omnisque accessio non tantum quæ percepta est, sed etiam quæ percipi potuit si res restituta esset cum petita est (25) *L. ait,* §. *per hanc,* et §. *præterea,* seq. *L. ult.* §. *non solum, eod.* quod

(23) Ut vel carcere et vinculis coerceatur, Cujac. 12. *Observ.* 5. Oldend. *Cl.* 6. *Act.* 1. *n.* 6. Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 17. Sneidvin. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 28. statuens fraudatorem cedendo bonis carcerem non effugere, ut et Gœd. *ad L.* 125. *de V. S. n.* 6. ac Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 65. *ac seq.* Aliter A. Fab. 20. *Conj.* 13. et aliter post Lud. Main. *Lib.* 2. *Act. C.* 12. Vult. ad §. 6. *I. h. t. n.* 52. qui ad hoc conveniri volunt ut revocationem fieri videat et patiatur. Num autem et contra fidejussorem debitoris fraudatoris datur? vid. Bargal. *d. Lib.* 5. *C.* 7. *n.* 88. *et seqq.*

(24) Qua de re plenius Bargal. *d. C.* 7. *n.* 42. *et seqq.* ubi et quærit num hic emptor saltem a venditore pretium recipere debeat. Quod ipsum affirmat rationibus hinc inde discussis *n.* 47. *et seqq.* Plane Calvisiana conventus pretium recipit, *L.* 1. §. 12: *si quid in fr. patr.* ubi ratio differentiæ *junct. not. h. C. N.* 14. Ad hæc ibi patronus lucrum captat, hic creditor damnum vitare studet, Ortolph. Foman. *Disp. L.* 28. *Th.* 13. *lit. G.* Quid si emptor fraudulentus alii bona fide ementi vendidit? In solidum pretium rei quod accepit tenebitur *L.* 9. *h. t.* Ubi A. Fab. 20. *Conj.* 14. vel verba *quod accepit* expungenda censet, vel legendum *quod non accepit*. Quid enim, inquit, si rem vilioris vendidit, anne hoc damno creditoris cedat? Ad hæc solidum pretium idem cum justo, ad differentiam conventi et accepti. Sed nihil mutari necesse est, si speciem ponimus, ubi fraudis conscius emptor carius vendidit alii, quam quanti ipse a fraudatore emit. Fere enim fit ut qui in fraudem alienat, si ei vendidit qui fraudis notitiam habet, minori justo pretio transferat, ex quo nemo facile gratis malus est. Hic si alteri fraudis inscio iterum vendat, justum facile et solidum pretium consequetur. Ratio itaque dubitandi *d. L.* 9. videbatur quod auctarium secundi pretii in quo pretium primæ venditionis excedit, in Paulianam non veniat, quasi lucrum id negociationis potius sit. Contra deciditur.

(25) Huc pertinet *L.* 78. *de R. J.* Ubi de hoc fuse tractat Petr. Fab. *pag.* 357. *et seqq.* add. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 30. *et seqq.* Jo. Copus *Lib.* 5. *de Fructib. Tit.* 1.. *C.* 6. Utri autem fit hæc restitutio, agentine creditori, an debitori qui alienavit? Posterius contendit Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Except. Resol* 4. *n.* 21. et Vult. *ad* §. 6. *I. de act. n.* 54. 1.° quia hic fit restitutio in pristinum statum, ut perinde sint omnia ac si nihil alienatum esset, *L.* 38. §. 4. *de usur.* 2.° quia in-

non in hoc genere actionis tantum aut certis quibusdam servatur, sed in universum in omnibus. *L. vulgo, D. de usur.* Idque etiam restituendi verbum significat, *L. restituere, D. de verb. signific.* sed et qui fructus, cum res alienabatur, terræ cohæserunt, in restitutionem venient, quia fuerunt in fraudatoris bonis ac proinde amissi sunt: qui vero medio tempore sunt decerpti non venient in restitutionem, hac de caussa quia non fuerint in bonis: hæc in *L. ult. §. non solum* et seq. *eod.* et hoc est plane, quod dixi initio, nihil amplius revocari hoc edicto quam quod amissum est neque vero amittitur id quod debitor non habuit.

XX. Sed his de rebus datur actio intra annum duntaxat quo experiundi potestas est. *d. L. 1. L. ait*: eum annum jam dixi ex (26) die venditionis bonorum computari, *L. ait, §. annus, eod.* et cur ostendi; hæc autem res declarat hanc actionem persecutionem rei non continere: cui consequens est ut nec detur in heredem ejus cum quo sciente quid fraudationis caussa gestum est. *L. in honorariis, D. de obli. et act.* Et sane ultra quam pervenit datur hæc actio et in dolum concipitur; cujus generis quæ sunt actiones, pœnam habent non persecutionem rei. *L. hujus, D. quod fals. tut. auct.* sed ut cæteræ, quanvis nascantur ex delicto idque puniant; tamen de eo quod ad eum cum quo agitur pervenit, perpetuæ sunt et dantur in heredem. *L. in heredem, D. de calumnia. L. quod diximus. §. ult. D. quod met. caus.* sic et hæc, etiam post annum, de eo quod pervenit competit. *L. ait, §. actio hæc, eod.* eademque ad hanc usque quantitatem, non tantum heredi, sed etiam in heredem (27) dabitur; quo sensu accipi debet quod est in extremo *L. ait*, *eod.* quod et ex præcedentibus et capite sequenti apparet.

tendit actor rem in bonis debitoris mansisse *d. §. 6.* Debitor itaque pro domino habetur, proinde ipsi restituendum. Sed Vultejum refellit A. Fab. 20. *Conject.* 16. quia Pauliana agitur, cum jam debitor excussus et omnibus facultatibus exutus, *L. ult. §. ult. h. t.* vid. *supra N.* 20. ubi jam bona vendita, ut nec ulla habeat nec habere possit, nisi dimissis omnibus creditoribus. Ex quibus facilis ad objectionem solutio. Neque enim cum hac agitur, cætera sunt in eo statu quoad debitorem, quo erant tempore alienationis. Et quod hic nihili putatur, alienatio id efficit ut missi videantur creditores tam in possessionem alienatorum quam quæ remanserant. Hac actione ut liberetur reus oblatione debiti, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 8. *n.* 69. *et seqq.* Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 18. audiri scribens etiam post sententiam, usque quo susceptum judicium in actione judicati.

(26) Quomodo et exponenda, *L.* 6. §. *ult. h. t.* non autem ut Old. *Cl.* 6. *Act.* 1. *n.* 8. de die alienationis fraudulentæ. Exerceri quippe hæc nequit, nisi bonis aliis venditis, vid. *not. h. C. N.* 20. etsi forsan antea nata sit. Utilis autem hic annus non currit, nisi ex quo agi posse cœpit. Sneidvin. *ad §.* 6. *Inst. de act. n* 83. Coras. *ibid. n.* 17. Wurmser. *Tit.* 28. *Obs.* 4. *n.* 2. Plane, remissa in fraudem actione, ad liberationem revocandam id tempus datur quod supererat obligationi. *L.* 10. §. 23. *h. t.* Sneidvin. *d. loc. n.* 82. et Wurmser. *n.* 3.

(27) In quo nempe valor rei pretium conventum datumque excedit. Sneidvin. *ad* §. 6. *Instit. de act. n.* 81. Wurmser. *d. Observ. n.* 4. In excessu enim illo caussa lucrativa est. Sneidvin. *d. loc. n.* An et cessonario hæc actio competat, vid. Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 7. *n.* 85. *et seqq.*

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS QUARTUS

### CAP. I.

**De litis contestatione. Post hanc quod sit officium judicis: tum quæ litigatoribus agenda sint.**

*Continuatio, propositum auctoris et methodus.* I.

*Litis contestatio qui fieret apud veteres et quomodo sub Imperatoribus emendata.* II, III.

*Initium judicii apud Romanos ex judicii formula qua prætor* judicium dabat: *quæ horum verborum significatio.* IV.

*Formula judicii quæ; hujus caussa triplex; prima jamdiu obsolevit, et altera.* V.

*Tertia utilis etiam nostris moribus et quare: hæc constituebat judicium.* VI.

Accipere, subire, excipere judicium *actor et reus dicebantur, et quomodo.* VII.

*Pro dato et constituto olim judicio cedere hodie litis contestationem.* VIII.

I. Postquam in jus vocatus est reus eique edita actio est, spacio sumpto quod legibus tribui diximus, deliberare secum debet utrum cedere an contendere velit, et de eo respondere actori. Ex qua responsione, magistratus ad quem introducta controversia est, quid sequatur et statuat habebit. Non enim idem respondent omnes, ac pro responsione jus commutatur. Fieri potest ut in jure fateatur reus rem esse actoris quæ petitur; debere se quod petitur. Fieri potest ut neget. Utraque res aliud atque aliud officium ejus qui aditus est inducit. Si confitetur in jure reus, lis sublata est: quæ nulla esse potest nisi de re controversa. Ideo sic jus constitutum habemus ut confessus habeatur pro judicato, ut proinde hic cessent judicantis partes, succedantque partes magistratus de cogendo reo ad solvendum: eædem quæ, rebus judicatis, solent esse adversus condemnatos. Sed de confessis dicendum est postea. Postquam enim adversus confessos sequimur regulam judicati: de illis, nisi exposito omni rerum judicatarum jure, recte dici non potest. Itaque factum est ordine, cum in edicto perpetuo, tum in Pandectis et Codice, ut titulus de confessis subjiceretur titulo de re judicata et de rei judicatæ executione. Si negat reus quod intenditur et hic adversus actorem consistendum putat, fit ejus negatione res dubia, nasciturque ex hac contentione utriusque ea (1) quam litem et controversiam nominamus. Unde hæc ipsa sive contentio

(1) Verissimum enim quod Vigel. *de Lit. contest. C.* 1. et passim Obrecht. *Tr. de Lit. contest. C.* 2. *n.* 16. *et seqq.* Bachov. *Disp. C.* 11 docent et per confessionem rei non induci litis contestationem unquam posse, et non nisi negatione ex parte Rei illam fieri. Quod et *L.* 14. § 1. *C. de judic.* satis clare probat verbis: per narrationem propositam et contradictionem objectam. Et ipsa naturalis ratio cuivis dictat litem non esse posse nisi unus affirmet, alter neget. Nam cum a contestatione ac iis oriatur, indeque initium conflictus ac concertationis judicii fiat, de qua re lis non apparet, de eadem nec contestata dici potest: cumque res affines sint judicium ac prælium, sicuti certamen non init qui deditione in hostium potestatem venit, ita nec qui confitetur judicium accipit, *L.* 71. § 2. *de L.* 1. Forcat.

sive expositio negotii, quia simul olim litigatores in ea quæ intenderent et responderent, testes adhibebant, litis (2) contestatio appellatur; de quo verbo paulo post plura. Hujus litis dirimendæ caussa judex quæritur; ex quo intelligitur quodnam hic officium magistratus qui aditus est, esse velimus. Nempe hoc, si res naturæ tantum ordine quæratur, ut vel judicet ipse vel alium det ejus rei judicem quibus in caussis licet dare, ut sit videlicet qui judicio suo controversiæ finem imponat. Quo posito, nihil supererit nisi ut quæratur quodnam sit officium judicis. Et ita inquam se res habet, si quæratur res naturæ tantum ordine sine alia solemni forma et præceptis civilibus. Nunc autem juris civilis ratio hic nos remoratur. Primum sunt quædam quæ jus civile vetus in litis contestatione et facto magistratus exigat ad ordinationem judicii. De quibus vel ideo dicendum est, ut sciatur an eodem jure etiam nunc utamur, vel ut nihil sit aliud; saltem ideo ut ratio loquendi quæ inde nata est et passim a veteribus in hoc genere usurpatur, nota sit. Deinde est quiddam, non tam ad constitutionem judicii necessarium quam litigatoribus utile, quod illi in litis contestatione cavere debeant; cujus propterea initio admonendi videantur.

II. De utroque igitur prius, ut judicii ordo et utilitas litigatorum jure civili postulat; mox de judicio et officio judicis. Et quod ad litis contestationem attinet, ita jus fuit olim, ut non esset satis quibuslibet verbis intendere aliquid suum esse, sibi aliquid deberi, idque petere per judicem; sed certæ (3) formulæ essent cujusque actionis, atque adeo etiam responsionis rei, si modo is non inficiatione sed contra defensione aliqua uteretur. In quibus si quis peccaret, inutiliter ageret. Pomponius in *L.* 2. §. *deinde ex his. D. de* orig. jur. *deinde ex his legibus*, inquit, *eodem fere tempore actiones compositæ sunt quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populus ut vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt:* atque inde factum ut ipsa actio, quia formula solemni constaret, formula vulgaris sit appellata a Paulo in *L. si servus navem, D. de furt.* Fuit et hoc solemne veteribus ut, cum negotium apud magistratum exposuissent, in id quod intendisset actor quodque contra respondisset reus, ambo ultro citroque testes adhiberent. Unde verbum litem contestari, auctore Festo in verbo *contestari*. Sed ne quid necesse sit de his persequi longius, et formularum et testationis necessitas in lite instituenda hodie sublata est. De formulis quidem exstant constitutiones sub Titulo *C. de formul. et impetrat. act. sublatis*, quibus constitutionibus cavetur, ut juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes amputentur; et dum actionem rei et proposito negotio convenien-

*Sphæra Legali n.* 39. Proinde non videtur adeo a vero deviare qui idem Jurisconsultis contestationem litis esse quod Rhetoribus inquisitio ac constitutio status caussæ; ita ut ex hac profluat status caussæ, in quo tota contentio litigatorum consistit, Vigel. *d. loc.* Obrecht. *d. Tr. C.* 5. *n.* 32. *et seq.* ac passim Pollet. 4. *Hist. fori* 8 Aut si omnino aliquo respectu diversa, sicuti Gœd. *ad L.* 36. *de V. S. n. et seqq.* constitutionem litis a contestatione differre contendit, quod illa formulam futuri judicii exprimat, hæc de data formula interponatur etc. fateri tamen omnino oportebit, non aliter aut antea recte eam fieri, quam de illa caussæ constitutione, et in quo [illegible] versetur, appareat. Etsi DD. vulgo doctrina et judiciorum vulgatus usus valde discrepet; quia in re periculose errari, indeque confusionem et litium diuturnitatem oriri Vigel. conqueritur. Sed quid de hac re nostri judicii sit, et de tota materia accuratiorem dispectionem in aliud tempus rejiciemus.

(2) Vid. Ræv. *Protrib. Cap.* 11. Cujac. 9. *Obs.* 21. P. Fab. 2. *Semestr.* 24. Joach. Stephani *Lib.* 1. *de Jurisd. C.* 9. *n.* 10. Obrech. *de Lit. contest. C.* 5. *n.* 3. *etc.* Attamen Pollet. 4. *Hist. fori* 8. inde dici contestatam censet, quod post judicium acceptum sit perpetua, ut virtus contestata pro perenni. Cic. *pro Flacco.* Aliter Parlad. 1. *Rer. quotid.* 14. quod ubi dilatoriis exceptionibus in jure rejectis reus judicium subterfugere non posset, actor attestaretur se intentionem suam, reus autem contestaretur se exceptionem suam probaturum. Nostrati dicitur *die Kriegsbefestigung*. Speciem enim libellici certaminis habet forense. Et in jus vocatio, ac quæ præparatoria hodie, loco inductionis et denunciationis sunt. Hæc autem primus veluti pugnantium congressus: unde olim solemne quoddam litis contestationis manuum consertio. Induciarum deinde loco dilationes, quæ et induciæ usurpantur. Hinc Cic. *pro Cæcinna* actione confligere, et confligentes pro reis, *L. pen. Cod. ad L. Corn. de fals.* Pollet. 1. *Hist. fori* 4. *n.* 4. Theod. Marcil. *in L.* 12. *tabb. collect. C.* 18. Forcat. *Sphæra legali C.* 1. *n.* 38. *et seqq.* Obrecht. *C.* 1. *n.* 3.

(3) De formulis actionum et judiciorum consulat cui lubet Vacon. 6. *Declar.* 87. *n.* 11. *et seq.* Pollet. 3. *Hist. fori* 15. P. Fab. 1. *Semestr.* 21. Christoph. Coler. *Parerg. C.* 9. Gœd. *ad L.* 5. *de V. S. n.* 24. *et seq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. Parte* 5. §. 1. *n.* 5. *ac* 6. Charond. *de Jurisd. n.* 8. Ræv. *de Auct. prud. C.* 2. Obrecht. *de Concipiend. libell. C.* 8. *n.* 20. *et seqq.* etc.

tem esse constiterit, nihil quæratur amplius. Et hic quidem titulus, ut nihil addatur aliud, palam ostendit fuisse in usu eas formulas quas dixi. Quibus sublatis, supervacaneum est de his plura scribere, præsertim cum et ab aliis indicatæ sint pleræque, et res sit a memoria nostra alienior.

III. De testatione autem, et hanc quoque sublatam esse inde sciri potest, non solum quod nulla ejusmodi testatio exigatur in libris nostris qui nobis a Justiniano traditi sunt: sed etiam quod in *L. Unic. C. de lit. contestat.* non obscure significetur, ad efficiendam eam quæ dicitur litis contestatio, et ad rem in judicium deducendam, sufficere solum narrationem negotii per quam judex caussam audire cœperit. Nec immerito. Postquam enim judicium a magistratibus dari cœpit, cum judicii formula vel constitutio inter acta judicii exstaret, et acta fidem habeant publicam; frustra desideretur alia ejus rei probatio. Itaque res sublata; nomen tamen quod initio fuerat mansit; diciturque usitate litis contestatio pro ea negotii narratione et litigatorum conflictu qui litem facit et judici indicat, *d. L. uni. C. de lit. contesta.* Ex his apparet in litis contestatione rediisse rem nobis ad simplicitatem naturæ; ut (4) quibuscunque verbis actionem intendat actor, quibuscunque adversus consistat et se tueatur reus, dum de re constet, satis sit ad litis contestationem et ad rem potestati magistratus subjiciendam.

IV. Sed nondum initium judicii. Visum est Romanis sic esse judicium de re controversa, si magistratus ipse qui aditus est judicium daret atque constitueret. Nam esse prætoris judicium dare et dare actionem, ipsorum prætorum edicta satis probant; quæ magna ex parte ita concepta sunt, ut in his polliceantur se judicium aut actionem daturos. Videndum quid eo verbo contineatur. Et, si de vi verborum quæritur, non difficile est intelligere, dare actionem esse agendi seu experiundi potestatem facere; judicium dare esse facere judicii potestatem, idest concedere ut sit judicium de re controversa quale postulatum est; ut utrumque re ipsa idem valeat, cum non sit actio nisi quæ rem judicio persequitur, nec sit judicium nisi ei qui agit adversus eum cum quo agitur. Itaque non abs re prætor in edicto de sepulcro violato, quod exstat in *L. 3. D. eod. tit.* promiscue ista pro eodem usurpavit, *judicium dabo, actionem dabo, et agendi potestatem faciam.* Et hæc, inquam, verborum vis est. Sed quæritur quomodo prætor hanc potestatem faceret. Id vero perficiebatur formula judicii reddita. Ex quo illa: includi potestatem judicis judicii formula: et arbitrium judicii formula solutum apud Senecam.

V. Ea duo complectebatur prætor. Nam propter verborum formulas quibus concipiebatur et impetrabatur actio (quas suprà sublatas esse diximus); constituebat qua de re ageretur; et una jubebat de ea re esse judicium quo is cum quo agitur condemnetur. Fuitque formula ad hunc fere modum: Si paret Lucium Titium Publio Mævio decem ex caussa mutui dare, facere, oportere, de eo judicium est quo Publius Mævius condemnetur: sic enim in edicto de sepulchro violato scriptum est: Judicium dabo ut is ad quem ea res pertinet, condemnetur. Quod si prætor daret judicem, pro his verbis *de eo judicium esto* ita diceret: Aquilius judex esto et Mævium condemnato; ut hoc modo judicium daret prætor, institutum esse videri potest tribus maxime de caussis. Primum, cum juri reddendo præsit magistratus, videtur convenire huic potestati si actio ab eo impetretur, scilicet ut quemadmodum reliqua quæ ad jus nostrum pertinent, sic actionem, quia de jure experimur, reddat; ut sciretur rite actum esse judicio. Nam neque dabatur aliter quam ei qui rite egisset; et hoc amplius in ea verba reddebatur a prætore in quæ postulatum erat. Sed prior ex his caussa nihil ad ra-

(4) Ita autem negocium exponi juris rationi conveniens est, ut ex intentione actoris ac inficiatione, aliave depulsione rei judex in quo caussa consistat perspicere possit. Quod et Vigel. ac Obrecht. *de Lit. contest.* sæpius inculcant, et Donell. idem sentire apparet. Quocirca verissimum est vulgatam formulam *Nego narrata prout narrantur, et dico petita fieri non debere,* a vera litis contestatione nimium quantum discrepare, cum judex æque incertus sit ac antea, in quo lis consistat, vid. Vigel. *de Litis contest. C.* 2. et Obrecht. *C.* 2. *n.* 35. *et seqq.* ac *C.* 7. Unde eam ceu captiosam rectissime Augustus Elect. Sax. reprobavit, sanxitque ut ad singula libelli capita dilucide ac distincte reus respondeat *Nov. sua* 10. *P.* 1. Enim vero etsi in eadem caussa seu lite plures controversæ quæstiones moveri possint; litis tamen contestatio ea solum quæ ex prima conflictione oritur, cujus occasione aliæ nasci possunt. Nec spectatur nisi super eo de quo principaliter contenditur, cum etsi de incidentibus et emergentibus aliis quoque cognoscatur, de hoc tamen solum definitiva ferri debeat sententia. vid. Vigel. *Cap.* 1. *p.* 146. *et seq.* Pollet. 4. *Hist. fori* 8. *p.* 356.

tionem judicii. Altera etiam, formulis actionum sublatis, hodie nulla est.

VI. Est vero tertia quæ etiam nunc valere debeat, ut quæ maxime pertineat ad judicium recte ordinandum; nempe ut, judicio dato ita ut supra dixi, jam ab initio sit certum et constitutum id quo judicium omne, idest et probationem litigatorum et judicis cognitionem referri oportebat. Quod fieri apprime est in judicio utile, ne aut litigatores alias res agant et vagentur dum non habent scopum propositum quo tela dirigant, aut judex quidvis in eo judicio sibi permittat: dum nullis finibus litis judicium ejus et potestas circumscribitur. Unde, ea formula a prætore reddita, admisso actore ad agendum, dictum est a veteribus constitui judicium, non tam ideo quod jam inde judicium esse inciperet, quam quod ea formula poneretur et constitueretur id de quo judicium esset, et in quo id ipsum versaretur. Cicero in Partition. *Atque etiam de constituendo ipso judicio solet esse contentio; cum aut sitne actio illi qui agit aut jamne sit* et quæ sequuntur.

VII. Judicium ut dabat prætor, ita datum litigatores accipere dicebantur. Actor quidem sine dubio, cum præcipue is judicium postularet, et volens prætor volenti et postulanti id redderet. Sed nihilominus et reus dicebatur id accipere, *L. si is qui*, 34. *D. de judic.* etsi enim nollet fortasse id admittere, si liceret (unde judicium dicitur reddi in invitum, *L. inter*, §. 1. *D. de verb. obl.*) coactus tamen metu potestatis quæ exercetur in contumaciis, velle intelligitur. Dicitur et reus judicium seu actionem excipere, *L. qui non cogitur*, *D. de judic.* tanquam solum videlicet quod intenditur ab actore. Item suscipere et subire judicium, *L.* 2. §. *legatis*, *L.* 3. *L. sed etsi suscenit*, *D. de jud.* Cicero in eod. loco. *Quare de constituendis actionibus, accipiendis subeundisque judiciis, de excipienda iniquitate actionis, de comparanda æquitate; quod ea fere generis ejus sunt, ut quanquam in ipsum judicium sæpe dilabantur, tamen ante judicium tractanda videantur* et quod sequitur. Quæ duo posteriora inde dicta sunt, quod ita judicium accipiat reus, ut accipiat in sese subeatque necessitatem parendi, si eo judicio victus fuerit. Quia tamen et actor judicium non sibi tantum sed etiam adversus se admittit, hæc eadem et actorem facere non male quis dixerit. Ex quo est quod judicio dicitur contrahi *L.* 3. §. *idem scribit*, *D. de pecul.* Quia autem lite contestata postulante actore, eodem tempore reddebatur judicium eam ipsam contestationem (5) verbis exprimens; nec ante contestatio pro justa contestatione habebatur, quam judicio esset inclusa: inde factum est ut hæc in usu juris idem exprimant, post litem contestatam, et post acceptum judicium, ut hi loci indicant, *L. illud*, *D. de pet. her.* *L. propterea*, *D. de rei vindic.* *L. cum fundus*, *D. si cer. pet.* *L. vulgo*, *D. de usur.*

VIII. Videndum an quicquam jus civile posterius in hac re immutarit. Equidem formulas actionum et harum impetrationem qualis initio fuit, sublatas esse fateor, *L. si*, *C. de jur. for. et imp. act. subl.* Cæterum rem ipsam, id est (6) constitutionem certam litis

(5) Ræv. *Protrib. C.* 11. Dato judice et ordinato judicio, utraque pars sibi invicem denunciabat, ut ad judicem datum veniret, et ad convocatos vel adstantes dicebat *Testes estote etc.* Apud Prætorem itaque olim contestatio hæc fiebat, cum lite demum contestata officium judicis dari ceperit. *L.* 73. *de Procurat. et simil.* ut recte plerique et Obrecht. *h. t. C.* 4. *n.* 2 nequicquam refragante Timæo Fabro 1. *Annot.* 23. Sicuti et Athenis lite apud Thesmothetas, quorum officium simile prætorio, contestata, litigatores introducebantur in forum Heliasticum, Joach. Stephani 2. *de jurisd.* 5. *n.* 21. Eratque hæc actus legitimus, quæ conceptis verbis pure, sine conditione, utroque præsente fiebat. Petr. Fab. 2. *Semestr.* 24. 358. Hodie vero, cum reus non statim respondere teneatur, nec præsentiam actoris dum reus litem contestatur, requiri notant, vid. Bover. *Singul.* 36. *n.* 1. Obrecht. *h. tit. C.* 6. *n.* 5. *et* Gutierez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 51 ac conditionalis vel eventualis, quæ dicitur, recepta est Myns. 3 *Obs.* 74. *n.* 6. *et* 9. Obrecht. *C.* 9. *n.* 12. et apud nos, exceptionibus dilatoriis objectis, injuncta *Nov. Elect.* 3. *P.* 1. vid. Jac. Schult. *Obs forens.* 13.

(6) Vulgo hæc dicitur basis, lapis angularis et radix judicii, quæ nec partium conventione omitti queat, omissa processum vitiet, DD. passim. Caussas tamen quibus non requiratur haud paucas statuunt, vid. Monach. *Pract. P.* 7. *C* 6. *n.* 7 *et seqq.* Obrecht. *C.* 4. *n* 26. *et seqq.* Cum primis vero omnes in quibus libellus potest omitti, Gail. 1. *Obs.* 46. *n.* 6. Obrecht. *d. C.* 4. *n.* 50. Jac Schult. *Obs. forens.* 3. *n.* 8. *et* 9. Sed in iis primus actus contradictorius ejusdem efficaciæ, vid. Obrecht. *C.* 2. *n.* 11. *et* 12. Jac. Schult. *Obs. forens.* 49. *n.* 6 *et* 9. Effectus autem plures, ac quoad plerosque durior rei, creditoris melior sit conditio Briss. *Lib.* 1. *de Solut. pag.* 370. quoad aliquos tamen contra. De quibus, vid. Hot. 4. *Obs.* Obrecht. *h. Tr. C. ult.* Scaccia 1. *de judic.* 103. *n.* 8. *et seqq.* Bachon. *Misc. Disput. C.* 1. De vi protestationis rei, *nec tamen animo litem contestandi*, consule Mathe-

mansisse, illud erit argumento quod edicta retenta sint et passim exstent in Pandectis, quibus pollicentur prætores se actionem et judicium daturos. Quod passim legimus judicium actori datum aut denegatum esse, passim judicium acceptum, pro litis contestatione. Nec vero mihi quidem quidquam occurrit quo probetur ab eo jure recessum esse. Est quidem scriptum ita in *d. L. ult. C. de jur. for.* nullis fraudi deinceps futurum quod actionem non impetrarent. Sed hoc de certa solemnique actione, quales ante actiones fuisse constat, accipi debere, sequentia ejus constitutionis declarant; eum constitutio subjiciat ita demum non nocere, si quis non impetret actionem, dum *eam rei et proposito negotio competentem esse constiterit.* Quod sine dubio perinde est ac si diceret: nihil ad rem pertinet deinceps quibus verbis quave formula actionis quis agat pro vetere more et instituto, dum verbis utatur aptis et rei propositæ convenientibus. Hanc dationem hodie si sustuleris, manebit quidem sola litis contestatio, unde judicium incipiat; sed ita ut hoc cedat pro judicio dato et constituto, cum judex, audito negotio, id est intentione actoris et inficiatione aut depulsione rei, decernet ut in id quod intenditur aut excipitur, litigatores probationes afferant. Melius tamen est id ipsum præcidi a magistratu, ob eam caussam quam supra reddidi.

silan. *Sing.* 63. et ibidem Gabr. Sarayna, Myns. 3. *Obs.* 31. Obrecht. *C.* 7. *n.* 59. *et seqq.* Deque his et aliis ad hanc materiam adi Vigel. et Obrecht. *d. Tr. de Litis contest.* Scaccia 1. *de Judic.* 103. Myns. 1. *Obs. et* 3. *Obs.* 74. *et* 4. *Obs.* 49. *et* 62. Gail. 1. *Observ.* 63. *et seqq.* Sich. Gilken *ad h. t. C.* Jo. Monach. *ad h. t. Decretal.* Wesenb. *ad h. t. C. et cons.* 6. *usque ad n* 40. Wurms. *Obs. tit.* 13. Zoan. *Rer. Quotid. C.* 52. Asin. *Praxi judic.* §. 17. Petr. Fab. *ad L.* 86. *et seq. de R. J.* Curt. 1. *Conj. ad fr.* 30. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 1. *et* 2. *seqq.* Rauchb. *P.* 2. *Q.* 28. *n.* 42. *et seqq.* Blarer. *in L. diffamari C.* 7. 7. Viu. *Lib.* 2 *Decis.* 210. Coler. *Decis.* 298. *et Cons.* 44. *n.* 50. *et seqq.* Jac. Schult. *Observ. for.* 42. *et* 5. *seqq.* ut perplures alios quos adii, taceam. Quando lis contestanda cum tertio interveniente, vid. Covar. *Pract. QQ. C.* 13. *et seqq.*

## C A P. II.

Quæ defensiones initio contestandæ sint, ut deinceps iis in judicio uti possimus. Quæ contestandæ sint, has exceptiones dici. Inde de exceptionibus. Quid sit exceptio, et unde nomen exceptionis; hanc eandem dici præscriptionem, et cur. Quid sit actionem perimi ipso jure, et per exceptionem. Quid sit exceptionem inesse bonæ fidei judiciis. Quid sit in pactis factum versari. Item de replicatione, duplicatione et similibus.

*Nexus rerum.* I.
*Defensiones alias quandocunque ante sententiam objici et prodesse reo; alias ita si fuerint initio allegatæ.* II.
*Cui reo utræque competant; quæ illæ sint; quando et quatenus opponendæ.* III.
*Defensiones posteriores reo non prodesse nisi initio contestatas, quibus rationum momentis ostendatur.* IV. V. VI. VII. VIII.
*Eas initio allegari oportere in strictis dumtaxat, non in bonæ fidei judiciis.* IX.

I Et sunt ista posita in necessitate juris, quo judicium recte instituatur, ac sine quibus olim judicium non foret. Illud quod sequitur pertinet ad utilitatem litigatorum dumtaxat, ut videant quid in lite contestanda respondeant objiciantque ultro citroque adversario, aut quid prætermittant. Quod quidem quale sit ad judicii ordinem nihil pertinet, nec judicium omnino remoratur; sed ad exitum judicii pro utilitate aut contra utilitatem reorum multum interest.

II, Sciendum est enim esse quasdam defensiones quæ quandoque, dum ante sententiam objectæ, semper reo prosint ad absolutionem; quasdam ejusmodi quæ, etsi jure competant reo, nisi tamen allegentur initio, aut verbis judicii dati tacite includantur, nihil prosit eas opponere postea quanvis ante sententiam; de quo ita statuendum est. Si is qui negat se debere aut se teneri actione, tenetur ipso jure: cæterum de æquo et bono fit ut damnari non debeat: quæcunque caussa est qua hic defenditur, caussa est et defensio ejusmodi quam initio objicere oporteat et contestari; atque ita curare ut in judicium veniat, qua prætermissa, nulla ejus ratio haberi debeat a judice, quanvis postea re ab actore probata, ante sententiam opponatur. Id ut planum fiat, explicandum est paulo pluribus.

III. Ergo ut non teneatur reus intentione adversarii, fit dupliciter. Accidit enim aut ipso jure, aut ex æquo et bono duntaxat. Ipso jure, id est jure civili quod de obligandis ac liberandis reis constitutum est, non tenetur is qui aut nihil fecit eorum quæ objiciuntur, ex quibus oritur obligatio: aut qui, cum prius esset obligatus jure, liberatus est deinde iis modis quibus obligatio tollitur. Ut si decem ex caussa mutui petantur ab aliquo, sic fiet ut non teneatur ipso jure, si (1) aut ea non acceperit ut intenditur ab

(1) Et meram quidem facti inficiationem exceptionem non dici convenit; ast si quid proponitur quo actio quæ constitit sublata arguitur, exceptionem DD. vulgo appellitant: vid. *not. supra Lib.* 22. *Cap.* 1. *N.* 2. *et N.* 4. De mera enim negatione dici nequit quod litis ingressum aut contestationem impediat, cum ea objecta statim fiat vera litis contestatio. Cæterum et ab his, et a veris quoque exceptionibus diversa est. Exceptio quæ dicitur deficientis actionis, cum nec factum propositum ab actore negat reus, nec quidquam æque in facto consistens allegat quo se contra intentionem tueatur, sed præsuppositis ceu veris narratis actoris, jus experiendi actione intentata cum deficit, *da wann gleich, alles Klagers Vorgeben nicht sich verhielte oder begeben hette, dennoch ihme enduaer gar Keine, oder doch nicht die von ihm angestalte Klage zustendig.* Etsi vero exceptiones veras non oppositas judex regulariter non suppleat tritissimum tamen pariter et verissimum est, cum ipso jure non competere actionem judici constat, ejus officio actorem, etiam reo non opponente, a limine judicii repelli posse, ac reum quoque non petentem absolvi debere. Nemo enim sine actione experiri potest *L.* 6. §. *ult. de neg. gest.* *L.* 19. *L.* 36. *de reb. cred.* *L.* 9. §. 3. *de admin. tut.* *L.* 2. *de dote præleg. et simil.* Ut enim actio sine debito non consistit, ita nec judicium sine actione. vid. Obrech. *de concip. libell. Cap.* 6. *n.* 1. Gail 2. *Obs.* 18. *n.* 3. Menoch. 1. *Arb. Q.* 16. Asin. *de exsecut.* §. 3. C. 54. Bellon. 2. *Suppu*. 10. Sixtin. *Cons. Marp.* 14. *u.* 65. *Vol.* 2. Vult. Cons. *Marpurg. Vol.* 3. *n.* 116. *et seq. et Cons.* 35. *n.* 172. *et seq.* Meichsner. *Tomo* 3. *Decis Camerar.* 17. *n.* 17. *et* 18. *et Decis.* 20. *n.* 72. qui ex communi testatur quod hic sententia pro actore lata sit ipso jure nulla, cum materia careat. Quod si hanc objectam judex non attendat ac caussam in judicium deduci per-

adversario, aut si eum accepisset, ea postea solverit; quoniam solutione tollitur obligatio jure: ac quibus tollatur præterea, traditur sub Titulo *Quibus mod. toll. oblig.* Eorum modorum nullo interveniente, nihil dici potest aliud quam eum ipso jure teneri qui ante fuerat jure obligatus. Sed evenit interdum ut non sit æquum eum qui ita tenetur condemnari; quod his de caussis accidit, si pactus sit ne a se peteretur: si deferente adversario juraverit se non debere: si quandoque absolutus sit de ea re sententia judicis: si actoris dolo malo inductus sit ut se obligaret: si metu coactus idem fecerit: si pecuniam quæ tanquam mutua petitur, dicat sibi non numeratam; quæ caussæ exponuntur sub Titulo, *de exceptionibus in Instit.* Si denique constitutum sit jure ne a reo petatur, sed aut propter favorem ipsius rei, ut quia sit mulier quæ se pro alio obligarit: aut in odium creditoris, ut quia mutuum dederit filiofamilias. In quo genere sunt exceptiones Senatusconsulti Vellejani, et Macedoniani. *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* Quibus de caussis omnibus dixi alias sub Titulo *D. de solutionibus.* Neque nunc est de his dicendi locus, hoc intellecto, hoc est quod dicimus; qui ipso jure non debet, huic satis est initio dicere se non teneri. Et quanvis debuerit aliquando id quod postea solvit, non tamen necesse habet initio objicere solutionem eamque contestari. Non quod, si convincatur accepisse decem mutua, non debeat dicere se solvisse, idque ipsum etiam probare judici, (alioqui quo modo jura nostra intelliget judex, nisi allegemus?) sed quia non necesse habet initio id facere; tantumque id facere satis est quandoque ante sententiam, ut a judice absolvatur: scilicet quia vere dixit, se non debere id quod omni jure non debuit; ut necesse sit hoc idem a judice pronunciari, probata aliquando solutione. Qui autem cum jure sit obligatus, habet tantum ex æquo et bono caussam cur placeat eum non debere damnari, puta, quia pactus sit ne peteretur; hoc dicimus sic eum debere absolvi, non si pactum opponat quandoque et probet, sed si opponat ab initio litis. Hoc autem prætermisso, in strictis judiciis eum damnari debere. Itaque a quo petuntur decem mutua de quibus non reddendis postea convenit, is sic utiliter respondebit adversario, si de intentione actoris vel absolute confessus vel confessus sub conditione, si actor probavit se dedisse, objiciat ei pactum secutum esse ne peteret. Quo omisso, si actor de mutuo probavit, necesse est, ut fuit litis et judicii constitutio, reum damnari; quia apparuit vere eum debuisse quod negabat, de quo judicium fieri voluit; nec quicquam ei proderit postea pacti defensio initio prætermissa, quoniam pactum jure non prodest reo ad liberationem, sed beneficio et tuitione prætoris qui id in judicium incluserit; ut ubi non sit id judicio inclusum, vel a sciente reo, non debeat ejus pacti ratio haberi. Id ita esse liquebit, si ostendero istarum rerum defensionem in usu juris dici tum exceptionem, tum præscriptionem: de utraque autem ita jus esse, ut eam oporteat initio litis opponere.

IV. Est vero ita, ut ea defensio quæ ex æquo et bono tantum prodest ad absolutionem, non ipso jure reum liberat, dicatur exceptio. Ulpianus exceptionem definit actio-

mittat, teneri eum parti læsæ ad omnia impendia, damna et id quod interest refundendum docent Menoch. *d. Q.* 16. *n.* 4. Petr. Barbosa *ad L. si alienam* 11. ipsi 12. *D. Sol. matrim. n.* 18. Ant. Gamma *Decis.* 206. *n.* 8. Vult. *d. Cons.* 21. *n.* 19. Meichsner. *d. Tomo* 3. *Decis.* 20. *n.* 7. Qui et idem fere statuunt etsi non objecta, si judici vere constitit tunc cum non est quod imputetur reo quod non objecerit. Quin etsi hæc altioris indaginis, semper tamen ante litem contestatam discutienda, quia cum merita caussæ plane non concernat, non potest ad eadem reservari. ut Noah. Meurer. *Process. Camer. P.* 9. *f.* 180. Sic sane olim, antequam judicem daret Prætor, de jure agendi constare oportebat, deque eo ipse cognoscebat, facto interim præsupposito, vid. Vult. *Disc. schol. Cap.* 1. *pag.* 14. Confer Ant. Fab. *C. suo tit. de Except. defin.* 5. Atque hinc est quod, etsi regulare sit Excipere de jure tertii non licet, *L.* 4. §. 7. *Si serv. vind. et simil.* Sich. *ad L. ult. C. de serv. fugit. n.* 1. *et* 2. P. Greg. 21. *Synt.* 17. *n.* 17. *n.* 15. et citati *in not. ad Com. Tit. de Action. n.* 25. *N.* 4. quia ut ex persona rei jus excipiendi metimur, et uti illius interesse debet in actione, ita et hujus in exceptione; licet tamen, quoties id jus tertii probatum intentionem agentis excludit et jus ejus enervat, quia non est vere exceptio de jure tertii, sed negatio juris agendi, Bover. *Sing.* 58. *n.* 8 Sich. *d. loc. n.* 3. ut si rei vindicatione conventus dicat: Res tua non est sed Caii, idque probet. vid. not. *cit. n.* 25. *d. N.* 4. et adi omnino A. Fab. *C. suo tit. de Exc. def.* 20. 28. *et* 39. Enimvero exceptionum intentionis aliæ dilatoriis affines videntur, ut exceptio quæ dicitur falsi procuratoris, libelli penitus inepti, cujus vitium insanabile; sub et obreptionis, plus petitionis, ante diem, vel conditionem, aliæ affines peremptoriis, ut reliquæ.

nis exclusionem in *L.* 2. *D. de except.* Paulus conditionem quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem, *L. exceptio, D. eod.* Ex quibus hoc quidem perspicuum est exceptionem rem esse ejusmodi quæ reum defendat adversus actionem, prositque ei ad absolutionem. Eximit autem reum damnatione cum, exempli gratia, pactum de re tota interpositum est idque objicitur: minuit damnationem cum interpositum est, de parte tantum. Jam vero non omnem defensionem et allegationem exceptionem dici, sed eam tantum quæ ex æquo et bono, non ipso jure reum liberet, sciri potest ex toto titulo *de except. in Institut.* In quo Justinianus de omnibus speciebus exceptionum a se propositis constanter hoc affirmat, cas tum solum competere cum intentio acturis jure nititur, non est autem æquum reum damnari. Ex quo ista inter se opponuntur, liberari quem ipso jure et liberari per exceptionem, *L. qui servum*, §. *si is cui, D. de obligationibus et actio.* Ideo consulto Paulus exceptionem dixit eximere reum damnatione, nihil amplius: hoc sentiens eum cui exceptio detur teneri quidem jure, sed ita ut, exceptione opposita et probata, absolvi debeat. Ne sit autem mirum hanc defensionem appellari vel exceptionem vel conditionem, cum certum sit neque exceptionis neque conditionis verbo significari defensionem quatenus defensio est: sciendum est nomen natum esse ex conceptione formulæ judicii quod prætor olim reddebat litigatoribus. Cum enim non prodesset reo ejusmodi defensio nisi judicio inclusa, ut diximus; nec vero includi posset nisi per correctionem et exceptionem ejus judicii quod prætor adversus eum dabat; factum est ut ea defensio ex forma conceptionis diceretur exceptio. Fac decem mutua peti ab eo qui se tueatur pacto: Prætor judicium daret actori postulanti in hæc verba: Si paret reum ex mutui caussa dare oportere, judex condemnato. Sed quia non est æquum id dari in eum qui pacto sit liberatus, orationem præcedentem de condemnando reo ita temperaret, nisi is qui agit, pactus sit ne ab eo peteretur: hæc correctio, atque hoc temperamentum appellatur exceptio. Est enim exceptio omnis ratio qua de generali definitione species aliqua eximitur et quasi præciditur. Ut hic lit, cum ex hac oratione qua dicitur eum damnari debere cui decem mutua data sunt, eximitur is qui pacto est liberatus. Ob hanc ipsam caussam appellatur a Paulo conditio, quoniam omnis exceptio exprimitur sub conditione *si non*, *nisi*, *extra quam*, *præterquam*. Inde etiam exceptio dicitur ab Ulpiano in *d. L.* 2. exclusio quæ interponi actioni cujusque rei soleat: quod apte dici non potest, nisi ita concipiantur actio et exceptio eodem in loco, ut exceptio sit quodammodo intra ipsam actionem: hæc eadem dicitur præscriptio a nostris. Præscriptio fori est exceptio fori, id est ea qua quis ad forum suum revocat, *L. si fidejussor, D. qui satisd. cog. L. pen. C. de pac.* Præscriptio transactionis est exceptio transactionis Papiniano in *L. qui cum, D. de trans.* Eidem præscriptio rei judicatæ est rei judicatæ exceptio in *L. judicatæ, D. de exc. rei jud.* Præscriptio peremptoria est exceptio peremptoria in *L. præscriptionem, C. de excep.* Et præscribere coheredibus Modestino est coheredes exceptione summovere in *L. Titia*, §. *Cajus, D. de leg.* 2. Appellatio hinc nata, ut ego quidem existimo, quod qui exceptionem intentioni addi postularet, olim in formula judicii (nam ex vetere et solemni judiciorum more omnes appellationes primum ortæ sunt) præscribebat adversario, id est dicebat et constituebat quomodo ille actionem et intentionem suam conciperet. Actor qui peteret decem mutua, generali intentione et quasi definitione utebatur, eum qui decem mutua acceperit, ea reddere debere. Reus contra diceret: recte intenderes me ea debere, nisi pactus esses ne ea a me peteres; nunc autem id pactus es; adde igitur hanc exceptionem, nisi pactus sis ne peteres. Hæc contendere, præscribere est adversario quomodo agat. Hoc autem nihil aliud nisi exceptionem opponere, aut curare eam actioni interponendam. Unde præscriptio pro exceptione.

V. Nunc doceamus exceptionem, seu præscriptionem initio opponi et in judicium deduci oportere. Et de exceptione dilatoria convenit inter omnes, hanc initio esse opponendam. De qua scriptum est in *L. exceptionem*, ubi dixi de hac re *C. de prob.* his verbis *exceptionem dilatoriam opponi quidem initio; probari vero postquam actor monstraverit quod asseverat, oportet.* In exceptione peremptoria aliter jus se habere, vulgus interpretum existimat; idque probari putant *L. peremptorias, C. de sent. resc. non poss.* in qua ita scriptum est *peremptorias exceptiones omissas in initio, ante quam sententia feratur opponi posse, perpetuum edictum manifesto declarat.* Sed omissas in hoc rescripto accipere debemus eas quarum tractatio et disceptatio omissa sit initio et in aliud tempus dilata, non quæ

initio contestatæ non sint. Quod ita interpretandum esse dicimus ex *L. præscriptionem, C. de excep.* cujus hæc verba sunt; *Præscriptionem peremptoriam quam ante contestari sufficit, omissam prius quam sententia feratur, objicere quandoque licet.* In quo rescripto licet eadem verba animadvertere quæ in *d. L. peremptorias*, sed adjicitur *quam ante contestari sufficit*. Quibus verbis significatur bane contestari saltem oportere; veruntamen satis esse contestari, non etiam hoc exigi ut statim probetur a reo. Estque hæc sententia constitutionis, præscriptionem, id est exceptionem peremptoriam ante quidem contestandam esse; sed semel ante contestatam omitti posse ad tempus ita ut, si actor probaverit quod intendit, exceptio quæ ante contestata et in judicium deducta erat, possit jam utiliter opponi, ac probata afferat reo liberationem. Quæ sententia et aliis rescriptis non obscure scriptis confirmatur, ut *L. emptor, C. de præs. long. temp. L. si quidem, C. de except.* Et sane cur dilatoriam de qua loquitur *L. exceptionem*, oporteat initio opponi potius quam peremptoriam? Quia, inquies, dilatoria exceptio differt judicium, ut jam ante judicium probari deque ea pronunciari sit necesse: sed animadverti debet in *L. exceptionem* non agi de exceptione dilatoria quæ judicium differat, cum dicant Imperatores eam oportere probari, postquam actor monstraverit quod asseverat. Hoc enim facere non potest actor nisi judicio jam ante constituto. Supra autem jam ostendi sic accidere posse ut opponatur dilatoria exceptio pacti, ac nihilominus judicium constituatur de re principali, si petente aliquo decem mutua, neget reus ea data esse et simul adjiciat, si data sint tamen actorem pactum esse ne ad tempus ea peteret. Sed ne consistamus in his constitutionibus, multa sunt in scriptis veterum jurisconsultorum pro certo jure in libris nostris usurpata, quæ hanc sententiam de contestanda exceptione plane demonstrant; cujus generis hæc fere sunt. Quod hæc inter se opponuntur, perimi actionem ipso jure veluti solutione, et perimi per exceptionem, veluti pacti conventi, *L. qui servum, §. si is cui, D. de oblig. et act. tot. tit. Inst. de except.*

VI. Quod vulgo ab illis traditum est exceptiones pacti et cæteras inesse et contineri bonæ fidei judiciis, *L. 3. De resc. vendit. L. hujusmodi, §. qui servum, D. de leg. 1.* Quod Paulus in *L. si unus, §. pactus, D. de pact.* scribens, prius pactum quo actum est ne peteretur, per posterius quo actum est ut peteretur elidi non ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, sed per replicationem exceptionis pacti; hanc rationem reddit, quod in stipulationibus jus contineatur, in pactis factum versetur. Quod idem Paulus in *d. L. qui servum, §. si is cui*, si dubium sit an actio perempta sit ipso jure an vero per exceptionem, tutius esse ait eam perimere per exceptionem; hæc, inquam, et similia plane hoc significant, exceptionem initio litis opponi et contestari oportere; alioqui nec explicari commode nec defendi etiam ullo modo possunt. Nam ut hæc eadem breviter exsequar ordine, si exceptio pacti quandoque objici possit, profecto ad liberationem rei nihil interest inter solutionem et pacti exceptionem; etenim utrumque objectum pariet reo liberationem sententia judicis. Rursum non objectum pariter reo erit inutile. Nam nec solutio, nisi objecta ac probata, reum liberabit, *L. 1. C. de prob.* Atqui, ut dixi, sic ista differunt in genere liberationis, ut inter se opponantur, cum solutio liberet nos ipso jure. Quid est igitur in quo putemus ista differre? Et cum in objectione et liberatione nihil differant, si quandoque licet utramque opponere; relinquitur in tempore ista opponendi positum esse discrimen, quod ei qui solvit liceat initio litis omittere solutionem, atque ita solum dicere se dare non oportere; ei vero qui pacto liberatus est non liceat idem dicere se dare non oportere, sed opus sit ut initio debitum confessus statim opponat pacti defensionem. Jam quid est illud pacti exceptionem et similes inesse bonæ fidei judiciis? An hoc videtur significare, pacti exceptiones inesse in judicio et reo prodesse ad hoc ut absolvatur, quamvis omnino non fuerint a reo allegatæ et probatæ judici? Minime vero. Nam, ut modo dixi, ne solutio quidem ipso jure quidquam prodest reo ad absolutionem, nisi reus eam opposuerit et judici probarit ante sententiam. Non enim profecto divinabit judex reum pacto aut solutione esse liberatum, nisi ille dicat; nec si dixerit, audiendus est aliter quam si probet, *L. in exceptionibus, D. de exc. d. L. 1. C. de prob.* Quam ergo illud dictum sententiam habet? Nempe hanc, inesse exceptiones bonæ fidei judiciis jam ab initio litis et judicio accepto, quamvis aperte non fuerint tum oppositæ et ita in judicium deductæ per litis contestationem; non tamen ut reo prosint perpetuo celatæ, sed ut si quandoque postea in judicio fuerint oppositæ, ratio earum a judice haberi debeat, non secus quam haberetur solutionis qua

ipso jure reus esset liberatus. Idque ita explicari videtur duobus in locis, nempe in *L. plane* et *L. ult. D. de petit. her.* Quod eveniebat olim propter formulam judiciorum ejus generis. Sic enim in his constituebatur judicium, ut condemnaretur quidem reus, sed additis his verbis *Ex fide bona*, Quibus verbis fiebat potestas judici æstimandi quid utrique ex litigatoribus ab altero ex æquo et bono præstari uporteret, *§. in bonæ, Inst. de act.* Neque vero æquum est eum cui exceptio aliqua competat, si æqui et boni ratio habenda sit, damnari. Quid est autem quod dicitur exceptiones inesse judiciis, et additur nominatim bonæ fidei? an non hoc est eas in bonæ fidei judiciis inesse, in strictis judiciis non inesse? Quod si inesse eas bonæ fidei judicio hoc valet eas sua sponte et potestate judicii in judicium venire, quamvis aperte initio oppositæ et contestatæ non sint; conficitur exceptiones in strictis judiciis non inesse hoc valere, non venire eas in judicium si studio prætermissæ sint; sed ita si fuerint oppositæ nominatim in lite contestanda, et eo modo jam ab initio in judicium deductæ.

VII. Ex hac ratione est illud quod dicitur a Paulo, in stipulationibus jus contineri, in pactis factum versari. Observetur Paulum in *d. §. pactus*, non sentire de modo quo ista fiunt. Nam neque id proposito ejus convenit; et si hunc spectabimus, dici oportebit in stipulationibus æque ac pactis factum versari; non enim minus facti nostri est quod stipulamur, quam quod paciscimur; et vulgo dicitur, contractus facti esse *L. consilio, §. ult. D. de cur. fur.* Loquitur illic Paulus de modo quo hæc ante recte constituta nobis prosint in judicio ad liberationem et justam defensionem. Erat enim quæstio posita ex duobus pactis contrariis cum debitore interpositis, quæ sit vis posterioris pacti quo agitur ut petere liceat. Et ait prius pactum non tolli per posterius ipso jure, sed facto nostro: quia in stipulationibus his nimirum quæ fiunt ad novandam obligationem jus contineatur, in pactis factum versetur. Si ratio propositæ quæstioni convenit: si jus/facto recte hic opponitur, sine dubio hoc sentit, ut stipulationes nobis prosint in judicio ad liberationem, jure fieri, non facto nostro, id est non objectione et contestatione nostra qua eas stipulationes opponimus initio et contestamur. Ut enim supra diximus, ei qui isto modo liberatus sit, satis est in lite contestanda dicere se ei qui agit dare non oportere: ac quandocunque prubarit, novationem factam esse vincet. Jure enim ipso verum est eum non debere qui novatione liberatus est. Non eadem vis pacti. Id, ut nobis prosit vel adversus obligationem qua tenemur, vel adversus aliud pactum quod obstabat quominus petere liceret, consequimur facto nostro, non jure, id est ita si id (2) nominatim opponamus initio litis. Ut in quæstione Pauli, si me agente, debitor meus tueatur se exceptione pacti quo pactus sum ne ab eo peterem, non efficiet posterius pactum quo convenit ut possem quemadmodum ab initio petere, non efficiet iniquam, id pactum jure ipso ut prioris pacti exceptio sit inutilis; sed ita si adversus exceptionem ejus pacti utar posterioris pacti replicatione. Factum ergo contestationem nostram intelligit, quam liberationi juris opponit.

VIII. Sed haud scio, an quicquam superiorem sententiam magis confirmet, quam quod idem Paulus ait, cum dubium est an ei qui tenebatur duabus actionibus ejusdem rei nomine, puta comodati, et condictione furtiva, et altera actione conventus solvit, altera actio perempta sit ipso jure, an per exceptionem, tutius esse dici eam perimi per exceptionem. Quo enim tutius per exceptionem, quam quæ ipso jure? Hoc fere dictu absurdum. Plane enim liberatur, et solutione, et similibus modis, si quidem nulla removeatur exceptione. At qui liberatur pacto et similibus caussis, is liberatur solum jure prætorio, non etiam jure civili, *L. creditori, C. de pact.* an ideo tutius, quia non sit necesse exceptionem opponere in judicio, eas autem caussas quibus liberamur ipso jure, sit necesse? Hoc vero etiam absurdius. Si quid enim objici convenit, exceptio est potius quam id factum quod nos jure liberat: cum id factum jure sustulerit actionem,

(2) Ita et Don. ad *L. 5. Cod. de pact. n.* 6. Cum quo conveniunt fere Coras. 2. *Misc.* 16. *n.* 12. Pac. 1. *Enant. Q.* 97. Ang. Matthæac. *Lib.* 1. *de Via et rat. juris Cap.* 6. *n.* 54. Discrepantes aliorum, nimiumque variantes expositiones congessi sane et consignatas habeo. Sed referre eas nimium fore t. nedum examinare. Nempe Alciati 1. *Paradox. ult.* Connan. 5. *Com.* 2. Cujac. *ad d. L.* 27. §. 2. Zas. Hot. et Fortun. Garcia *ibid.* et Hippol. Riminald. *in ejusdem Repetit. n.* 210. *et seqq.* Jo. Bapt. Caccialup. *de Pract. Q.* 1. Marc. de Mantua *Sing.* 612. Charond. 1. *Verisim.* 4. Vacon. 1. *Declar.* 20. Ræv. 2. *Var.* 1. Briss. *Lib.* 3. *de solut. pag.* 432. Fachinæ. 13. *Contr.* 24. Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 3. *n.* 19. *et* 20.

ut non sit necesse ejus facti defensionem interponere ei actioni quæ non est; exceptio autem non competat, nisi tunc cum jure subsistit actio, sed quæ objecta exceptione excludatur, *tit. de exceptio. in Inst.* Et ideo definitur exceptio, actionis exclusio quæ in terponi actioni cujusque rei solet, *L. 2. D. de except.* Quo ergo tutius, inquam? Quocunque nos converterimus, non alia caussa, puto, reperietur quam quod intelligebat exceptionem non esse, nisi eam defensionem quæ initio in contestanda lite opponatur actioni institutæ ad eam excludendam; aliter nec exceptio dicatur, nec reo prosit ad absolutionem. Itaque tutius exceptione ita opposita perimere actionem, quia cum hoc factum erit, certum est reum semper tutum fore, sive quis dixerit eum liberatum esse ipso jure, sive dixerit per exceptionem tantum. Quod si exceptio sit initio prætermissa, et forte actio quæ instituta est non sit perempta ipso jure, necesse erit reum condemnari, quia exceptione quæ sola ei competebat non sit usus uti oportebat; vel verius, non sit omnino usus exceptione, qui do actione adversarii, cum intendebatur, nihil exceperit. Postremo huc referri debet judiciorum varietas quæ olim fuit indicata, cum ab aliis tum præcipue a Duareno ad *L. Jurisgentium, D. de pact.* cum alia redderentur pure, alia sub conditione sive sub exceptione, idque postulante et contendente eo unde petebatur: de qua in judicium includenda stultum fuisset laborare, nisi hoc ita fieri pertineret ad rei absolutionem.

IX. Sed in strictis, inquam, judiciis exceptionem contestari, id est initio litis opponere est opus; in quibus nihil amplius subjicitur cognitioni et potestati judicis, quam quod in judicium aperte deductum est; unde appellata sunt stricta. Non idem jus est in judiciis bonæ fidei. In his ut solutio, sic exceptio pacti et alia quælibet, quanvis initio omissa, quandoque ante sententiam opponi potest, et opposita ac probata reum eximit damnatione. Idque est quod dicitur a veteribus, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis. De cujus dicti sententia et ratione eum paulo ante diximus, nihil necesse est hoc loco inculcare. Quæ de exceptione dicta sunt, eadem intelligimus dicta esse de replicatione, duplicatione, triplicatione, de quibus verbis est apud Justinianum sub *tit. de replicationib.* et in *L. 2. D. de except.* Hoc volo, ubi exceptio contestanda est ut prosit, illic et replicationem et cæteras defensiones quibus actor usurus est, esse contestandas, et contra.

## CAP. III.

**Lite contestata et judicio, constituto quæ sint partes judicis; et de jurejurando quod propter calumniam exigitur. Ad tit. C. de jur. prop. cal. dando.**

*Continuatio, atque ordo.* I.
*Jud eis partes ex potissimo ejus officio duci omnes atque æstimari. Tres esse illius proprias et præcipuas, et quæ sint.* II.
*Duas alias tribus illis accedere minus ad judicandum necessarias, sed litigantibus utiles; quæ illæ* III.
*Quinque in universum partium istarum qualis ordo in judicando.* IV.
Principio *Sacras Scripturas obversari ante judicis oculos oportere; qualis pœna contemptoris judicis.* V.
*Deinde jurare debere eum judicem, se videlicet judicaturum secundum leges (quæ non jurantis pœna).* VI.
*Tum a litigantibus exigere juramentum, ut nihil anima calumniandi in judicio admittant.* VII.
*Quæ litigatorum pœna si recusent.* XII.
*Domini litis jurare debent, sive per se agant, sive per procuratorem* VIII.
*Tutores tamen et curatores, non eorum pupilli et minores.* IX.
*Jure canonico clericis hoc jusjurandum remittitur, immo interdicitur.* X.
*Juramentum in judicio præstandum est apud judicem: qui domi suæ jurent.* XI.
*Jurare cogi etiam advocatos utriusque partis: quid hi jurent, quæ abnuentium pœna.* XIII.
*Item quæ judicis non exigentis ab illis juramentum.* XIV.

I. Hæc sunt quæ in litis coutestatione et officio magistratus ad constitutionem et ordinationem judicii, tum cautionem litigatorum initio spectanda videbantur. Ex quibus, quod præcipue ad institutum pertinet, intelligitur, ut ante litis contestationem non est judicium, sic lite semel contestata, si etiam illa recepta sit a magistratu et posita ad disceptandum, quacunque modo per leges et mores id fieri receptum sit, statim sequi judicium. Unde judicium incipere a litis contestatione, et res dicitur in judicium deduci lite contestata, *L. 1. Cod. de judic. L. unic. Cod. de lit. contest.* Non quod statim judicet judex, id est sententiam ferat; sed quod statim subjiciatur res ejus cognitioni: quæ pars est judicii vel maxima, ut mox dicam. Lite cuntestata constitutoque judicio, restat ut officio suo fungatur judex, sive is datus erit privatim a magistratu, sive magistratus ipse rem suæ cognitioni reservavit. Quod quidem, nullo nominatim judice dato, fecisse intelligitur. Deinceps igitur, quæ hic judicis partes sint videndum est.

II. Et primum vel ipsum nomen judicis satis nos admonet summum esse hoc ejus officium ut judicet, cum a judicando nomen sit. Hoc summum natura aliud secum trahit, nempe ut prius judex caussam cognoscat. Non enim judicem tantum, sed æquum judicem quærimus, id est eum qui recte judicet; id autem non aliter fieri potest, quam si re et caussa cognita judicet. Quinimo ut nihil amplius requiramus quam judicium, tamen idem efficitur. Nam ne judicare quidem quisquam dicendus est, nisi qui caussam cognovit. Judicium enim delectus est cum, re inter aliquos controversa et utraque parte rem in diversas partes distrahente, dicimus hoc aut illud potius nobis videri. Non cadit autem delectus, nisi in res ante perceptas et cognitas. Quamobrem ita etiam jus est, ut judicem oporteat ante caussam cognoscere; ac nisi caussa cognita sententiam ferat, ea nullius momenti habeatur, *L. ex stipulatione, C. de sent. et interlocut.* Ex his nascitur etiam tertium. Non enim potest ista præstare judex, nisi ab iis quæ sunt contraria, sibi temperet. Adversatur autem superioribus, si prius quam judicet de re, aliquid in re innovet. Consequens est, ut prius quam judex ita judicarit, id est dum lis pendet, vetetur quidquam de re movere, aut in ea innovare; sed quemadmodum actari ad persecutionem juris sui, sic reo ad retinendum quod ante habuit, tenuit, omnia illum integra servare oporteat. Quæ tria propria et præcipue sunt judicis ac cujusvis judicii.

III. Sunt quædam quæ visum est imperatoribus Romanis a judicibus exigenda esse, non tam per se ad judicandum necessaria, quam quod videantur utilia ad judices ipsos et litigatores in officio continendos, quo judicium recte et religiose peragatur. Ea duo sunt. Unum, ut quicunque futuri sunt judices curent ut sacrosanctas scripturas ante sedem judicialem propositas habeant, non

in principio tantum litis sed ad extremum usque donec sententiam tulerint. Alterum, ut jam ab initio litis, religione jurisjurandi obstringant et se et litigatores et item patronos caussæ; se quidem et patronos ita, ut jurent se, bona fide et pro eo ac decet, in judicio esse versaturos; litigatores autem ita, ut jurent nihil se calumniose instituere aut in posterum esse molituros.

**IV.** Ita si converso ordine et quo ista maxime in judicio agenda sunt eadem colligimus, quinque sunt in summa quæ jus civile judici pro officio imponat. Primum, ut de sacrosanctis scripturis curet id quod dixi. Deinde, ut præstet ipse jusjurandum, et a litigatoribus et patronis exigat tale, quale postea pluribus exponetur. Tertium, ut pendente lite nihil novet. Quartum, ut caussam cognoscat diligenter. Postremum, ut re cognita judicet. Quæ singula qualia sint consideremus.

**V.** Ac de adhibendis sacris scripturis quod dixi, et quamobrem velit eas Justinianus judicatoris ob oculos versari, cautum est in (1) *L. rem non novam*, vers. *et generaliter*, *C. de judic.* ut locum indicare sit satis: hoc quærendum est quæ sit pœna, si judex contra faciat. Nihil enim de eo constitutione Justiniani nominatim cautum est. Et cum ipse in *L. 2. C. de jur. prop. cal. dan.* dicat se non permittere ut judices aliter caussas dirimant, nisi sacrosanctis evangeliis propositis; puto hinc intelligi posse, si aliter se gesserint judices quam jus permittat, judicium (2) nullius fore momenti, ut accidit in omnibus quæ lege prohibente fiunt, *L. non dubium, C. de legib.*

**VI.** De jurejurando, quod secundo loco initio litis exigi debere diximus, ejusdem constitutiones sunt; quarum sententiam breviter expunam. Et quod ad judicem attinet, jubet eum lite contestata ante omnes jurare quod ejus officio convenit, omnia se videlicet (3) ex vero et legibus esse constituturum,

(1) *Nov.* 90. *C. ult. in fin.* Ut subinde ad eas respicientes memoria extremi judicii ab injusto deterreantur. Quam consuetudinem, cum hodie desierit, in usum revocari debere scribit Sich. *ad L.* 2. *pr. Cod. de jur. prot. cal. n.* 1. Eadem tamen de caussa hodie sæpius in prætoriis vel pro tribunali typus extremi judicii visitur. Non enim hominum, sed Dei exercetur judicium *Deut.* 1. v. 17. 2. *Paral.* 19. v. 6. *Sapientiæ C.* 6. Ps. 82. quem semper præsentem et acutum inspectorem habent, vid. *Cap. quatuor* 78. *et seqq. Cap.* 11. *Q.* 3. *d Nov.* 90. *Cap. ult. in fi.* Confer *Cohortat. ad judices* ex Harmenop. præfixa a Menochio *Tr. de Arb. jud. QQ.* Damhuder. *Praxi civ. C.* 9. Et de officio magistratus judicantis *Nov.* 17. *et Nov.* 24. *Cap.* 2. pulchre Joan. Saresberiensis *Policrati Lib.* 5. *C.* 11. 12. 15. *et* 16. Huc spectant versus vulgati, non illepidi :

> *Cogitate judices qui vel quales estis,*
> *Quid in hoc judicio dicere potestis,*
> *Quo nec erit Codici locus aut Digestis.*

Idem erit dominus, judex, actor, testis, Prudent. *Cathemerinon. Hymno* 2.

> *Speculator adstat desuper,*
> *Qui nos diebus omnibus*
> *Actusque nostros prospicit.*
> *Hic testis, hic est arbiter,*
> *Hic intuetur quicquid est,*
> *Humana quod mens concipit,*
> *Hunc nemo fallit judicem*, etc.

(2) Ita et *Gl. ad d. L.* 14 referente Sichardo *ibid. n.* 4. sed reprobante *n.* 5. Et recte, non tam quia solemnitates omissæ actum non vitiant, ut Sichard. *d. loc.* et Wesenbec. *ad T. C de Ord. Jud. n.* 5. quam quia durum omissionem hanc et culpam judicis nocere litigantibus, illoque, lite cæteroquin rite transacta, novæ litis necessitate implicari. Quin si jurisjurandi omissio non vitiat, cujus exigendi fortior ratio, minus etc. Quin quod in *fi. pr. d. L.* 14. habetur, æque ad omissionem hujus solemnitatis referri potest.

(3) Salvian. *Epist.* 4. *pag.* 330. *judices jurant, nihil se nisi ex veritatis officio pronunciaturos.* Et ita olim in singulas caussas judices sacramenti religione obstringebantur et in leges jurabant. Quod lege Agraria Saturninum cavisse scribit Ant. Augustin. *Lib. de LL. Cap.* 15. Et ita quoque Plato definivit *Dial.* 12. *de LL.* Cicer. 3. *Offic. pag.* 523. *Cum jurato dicenda sit sententia, meminerit Deum se adhibere testem;* et pro *Cluentio p. m.* 357. *de quo jurati sententiam ferre debebant;* et 1. *act in Verrem*, ubi Ascon. Prætore conceptis verbis præeunte, Pollet. 5. *Hist. fori* 7. *n.* 7. qui ipse tamen non jurabat, Cic. *d. Act. p. m.* 80. *Nunc eo animo sum ut, eo judice, quam Prætore, hanc rem transigi malim : et jurato suam quam injurato aliorum tabellas committere*, Pollet. *d. loc.* Ræv. 5. *Var.* 8. Qui hoc jusjurandum ad aram præstari solitum probat ex Symmach. *Lib.* 10. *Epist.* 54. et Ambrosio, eamque aram fuisse Puteal Libonis, aut in locum ejus eversi restitutam, add. Freher. *in Sulpitio s. de æquitate p.* 14. Rittershus. *Com. in Salvian. pag.* 388. Simanca 1. *de Rep.* 16. *ac seq.* Hodie sane magistratus et judices omnes jurejurando solemni obstringuntur in ingressu dignitatis vel officii, vid. *Nov.* 8. *C.* 7. et ibidem *in fi. tit.* 3. *Nov.* 15. *C.* 1. § 1. *Nov.* 29. *C.* 3. *Nov.* 102. *in Præfat.* Nec tamen necessitatem jusjurandi in singulis caussis præstandi remissam satis firmiter

*d. L. rem non novam*, in pr. et vers. *et hoc. Cod. de jud.* Jubet autem hac lege ut, si prætereatur hoc jusjurandum, nihil amplius pœnæ nomine denunciet, quam fore id contemptoribus periculosum, *d. vers. et hoc.* Unde intelligimus, hoc jurejurando prætermisso, nocere quidem hæc judici qui contemsit jurare: cæterum judicium consistere nihilominus, ut sententia victori prosit, victo noceat, qui in eo nihil contra legem fecerunt. Videtur autem mihi hactenus judici id nocere debere, ut cum eo agi possit tanquam qui (4) male judicarit, hoc ipso quod non secundum leges judicium exercuerit.

VII. De litigatoribus cavit in (5) *L.* 2. *Cod. de jure. prop. cal. dan.* item *Novel.* 30.

inde colligi videtur. Tametsi id non repeti generalis apud nos moris esse constet, quem et in Gallia servari testis est P. Fab. *ad tit. de de O. I. p.* 82. Ac inde firmat Sich. *ad L.* 2. *pr. C. de jur. prop. cal. n.* 2. quod unicum juramentum initio officii præstitum, in singulis caussas repetitum videtur, argum. *hoc sacramentum Cod. de Jurejur. propter calum.* add. Wesenbec. *ad tit. Cod. de Ord. judic. n.* 5. Joan. Bapt. Asin. *de Execut.* §. 8. *Cap.* 41. Sic olim apud Romanos, consulatus aliorumque magistratuum candidati, dum eos inibant, sacramento se adstringebant, vid. Bodin. 2. *de Republ.* 4. *n.* 291. quod nec Augustus, Dio. *Lib.* 53. *initio*, nec Trajanus, Plinius *in Paneg.* consulatum ineundo præbere recusarunt, Petr. Fab. *ad d. titul. de Orig. jur. pag.* 77. Bodin. 1. *de Republ.* 8. *n.* 9. Formulam sacramenti senatorii refert Hippol. a Collib. *in Principe Cap.* 4. et Philipp. Camerar. 1. *Oper. Succis.* 32. Athenis quoque in ordinem judicum judicii Heliastici nullus recipiebatur, nisi præstito jurejurando se secundum LL. judicaturum, sub imprecatione diri exitii. Demosth. *Orat. adversus Timocratem*, de quo Joach. Stephan. *Lib.* 2. *de jurisd. Judæ. Græc. et Roman. Cap.* 5. *n.* 3. *et Cap.* 10. *n.* 30. fuse Petr. Fab. *ad d. tit. pag.* 79. *et seqq.* ubi quotannis ad jusjurandum fuisse repetitam ostendit. Quod hodieque in Senatu Pedemontano servari refert Tessaur. *in Præfatione Decis. n.* 24. Et contra hanc jurandi necessitatem, nec statutum nec consuetudo contraria valida, ceu delinquendi occasionem præbens, Mynsing. 2. *Observat.* 76. Moller. *ad Novell. Elect. Sax.* 32. *P.* 1. *n.* 15. Selfer. *Lib* 3. *de juram. Cap.* 3. *n.* 3. Judicem tamen eum qui ex arbitrio cognoscit, jurare non cogi scribit Menoch. 1. *Arb. Q.* 58. vid. Covar. 2. *Var. Resol.* 13. *n.* 3.

(4) Potius arbitrarie a superiore puniri dicendum, ut post Alber. Wesenb. *ad tit. Cod. de Ord. judic. n.* 5.

(5) *Nov.* 124. *Nov. Leonis* 97. *et* 107. §. 1. *Instit. de pœn. tem. litig. tit. Extr. de juram. cal.* Hoc definit Obrech. *de juram. cal. Cap.* 1. *n.* 19. quod sit religiosa litigatorum asseveratio, qua adstruunt se non calumniandi animo, sed juris sui opinione et fiducia fretos agere vel alteri resistere. Alias definitiones refert et examinat Anton. Del Re *h. Tr. juram. cal. Cap.* 1. Hoc jure divino introductum esse sentit Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. per *Exod.* 22. v. 1. qui tamen versiculus de juramento veritatis et purgationis, non opinionis quale hoc est, loquitur Obrecht. *h. Tr. Cap.* 3. *n.* 3. Ergo rectius qui juris civilis id esse agnoscunt, ejusque originem ab Atheniensium Republica a quibus pleraque Romani sumserunt, repetunt. Illis enim προσωμοσία et διωμοσία dicebatur jusjurandum quo actor obstringebatur: ἀντωμοσία quo reus. Etsi hæc quandoque confundantur et de utrisque promiscue usurpentur. vid. Wesenbec. *in Par. Cod. hoc tit. n.* 5. Obrec. *h. Tr. Cap.* 3. *numero* 7. *et seqq.* Joach. Stephan. *Lib.* 2. *de jurisd. Judæ. Græc. etc. Cap.* 10. *n.* 1016. Ubi eo tamen differre vult nostrum hoc juramentum, quod id de credulitate præstetur, illud vero de veritate seu ex animi sententia, dira imprecatione addita. Turneb. 28. *Advers.* 20. *in fin.* jusjurandum hoc sumptum esse vult ex gladiatorum consuetudine, a quibus ἀμφορκία et χειρωμοσία dicebatur, quod uterque jurare cogeretur. Plane olim ex parte actoris cautio decimaria præstanda, qua actor initio litis, ni vicerit, decimam litis præstitum iri cavebat, idque repromissione, *L. judicio. Cod.* Hermogen. *de Calumniat.* non satisdatione. Unde reo actio ex stipulatu, quæ vetus calumniæ actio vocatur §. 1. vers. *hæc autem*, *Instit. de pœn. tem litig.* Cujac. 7. *Observat.* 5. Obrecht. *h. T. Cap.* 1. Nec tamen inde probatur quod Goed. *ad L.* 7. *de Verb. Signif. n.* 6. scribit, olim tantum reos jurejurando hoc vindicatos fuisse, non actores. Nam et Athenienses utrumque servarunt, et jurati litigatores decimam fere partem litis deponebant, quam depositionem dixere παρακαταβολὴν et πρυτανεῖα, Cujacius 27. *Observat.* 21. confirmans ex versu Aristophanis *Nubib. Actu quarto, Scen.* 1.

Πᾶς γὰρ τὶς ὄμνυς, δὶς ὀφείλων
τυγχάνω
Θεὶς μοὶ πρυτανεῖ . . . . . .

Omnes quibus ego debeo, deposita in judicio pecunia, jurant. Et generalis quoque hujus jurisjurandi mentio jure Digest. *in L.* 44. §. 4. *Fam. erc.* Cujac. *in Novel.* 49. *Parte* 1. *numero* 184. Quam miror quod pro se adducat Goed. *dict. loc. n.* 7. quasi ibi habeatur judiciis duplicibus non jurare teneri de calumnia, cum directo contrarium asseratur, quod nempe in illis uterque tam rei quam actoris sacramentum subeat, Azo *in Summa Cod. hoc tit. numero* 3. Licet illic verba *et ideo jurare etc.* Triboniano adscribant Cujac. *in not.* ibidem et Ga-

§. *penultim.* In quibus constitutionibus hæc capita rerum ab eo constitutarum observanda sunt. Non solum jubet eos jurare et una jurisjurandi formam præscribit; sed etiam addit quos velit jurare, quando, quo loco, quibus præsentibus, quoties; jurisjurandi accusati quæ sit pœna, omissi item quæ. De quibus hæc est constitutionis summa. Exigit, ut ex litigatoribus actor quidem juret se non calumniæ caussa litem intentare; reus vero se non dolo malo nec contendendi caussa actori contradicere, (6) *d. L.* 2. pr. *Novella*,

fan. *ad L.* 37. *de Oblig. et Actionib. numero* 12. Quin et vetus illæ decimæ litis sponsio restituta a Justiniano *Novell.* 112. *Cap.* 2. vid. not. supr. *Lib.* 23. *Cap.* 9. *N.* 23. hoc addito, ut satisdationem habeat cautio, Cujacius *d. Cap.* 5. Gued. *d. loco numero* 8. Non obstat quod Justinianus in *d.* §. 1. *de pœn. tem. litig.* jusjurandum hoc se introduxisse profiteatur. Nam id inde, quia plenius explicavit eique authoritatem impertiit, Obrecht. *d. C.* 3. *num.* 12. Finis hujus ut calumniosa litigantium iniquitas et audacia metu et religionis injecto compescatur, *L.* 1. *in fin. Cod. h. tit.* Unde supine loqui videtur Wult. *ad tit. Inst. de pœn. tem. litig.* dum hoc jusjurandum pœnis temere litigantium accenset *n.* 6. *et seq.* Præstatione enim hujus non punitur temeritas commissa, sed ne committatur ita facile occurritur. Nec temere litigans solum hoc juramentum præbet, sed et qui justissima forte caussa, sed de qua nondum cognita non liquet, nititur, ne temere litiget. Dicitur equidem coerceri temeritas religione jurisjurandi *princip. Instit. hoc tit.* Sed coercitio ibi non animadversionem fraudis admissæ denotat, ut in *L.* 9. *Cod. de furt. L.* 19. *C. de pœn. et simil.* verum cohibitionem et repressionem, quæ propria vis vocis, quomodo coerceri dicitur aqua *L. un.* §. 9. de fonte, Cicero *in Topic. pag. m.* 398. Et ita passim Cicero coercere hostes, id est impetum reprimere, coercere cupiditates, orationem rapidam, etc. Idem *Lib. primo de Finibus initio fere:* difficilem temperantiam postulant in eo, quod semel admissum *coerceri* non potest. Ubi pœnam non significari patet. Nec dubito simili sensu sæpius in libris nostris reperiri, sed exempla conquirere non vacat. Satis est quod in *dict. princ.* aliter non accipi evidens sit, tum ex re ipsa, tum ex adjunctis *infamiæ metu.* Temeritas enim admissa et de qua constat, non metu, sed irrogatione infamiæ coercetur. Quia vero in hoc exigendo boni publici rationem habitam Imperator testatur, *L.* 7. §. 4. *C. h. tit.* inde inferunt, tantum partium conventione remitti non posse, de quo vide *h. C. n.* 15. Sed nec statuto vel consuetudine; Et probatur *C. cæterum* 5. *Extra h. tit. C. constitutus* 3. *de fidejuss.* Mathesilan. *Singul.* 65. Anton. de Re *h. Tr. C.* 13. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. *n.* 4. Joh. Petr. Sord. *Decis.* 18. *n.* 8. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 7. *et* 1. *Ill. Contr.* 31. *n.* 44. ne, inquit, facultas statuendi convertatur in ipsorum municipum læsionem, dum hoc remoto, omnia litibus scaterent. Caroc. *de juram. lit. Decis. Quæst.* 13. *principali n.* 7. Obrecht. *h. Tr. C* 11. *n.* 20. *et seq.* Gail. 1. *Obs.* 85. n. 3. *et* 4. Atqui id in omnibus curiis Galliæ exolevisse testatur Rebuff. *ad Const. R. Franciæ in proœm. Gl.* 5. *n.* 50. (licet lege lata in Comitiis Aureliensibus in usum revocatum sit. Forner. 2. *Select.* 4. *in fin.*) ut et in Flandriæ provinciali ac magno Mechliniensi Concilio, Damhud. *Praxi Civ. C.* 151. *n.* 30. Et generale jusjurandum calumniæ (aliud in speciali, ut ex dictis *N.* 2. *ad Commentar. in Tit. D. de jurejur. Cap.* 13.) in terris quæ jure Saxonico reguntur, esse in usu desiit, *gl.* Lehenrecht. *art.* 68. *sub fin.* Fach. *Diff. jur. civ. et Sax.* 47. *inter Diff.* Zobel. 24. *P.* 1. *n.* 7. Rauchb. *P.* 1. *Quæst.* 10. *n.* 3. Abel. Strasburg. *Cons.* 3. *n.* 40. Coler. *Decis.* 117. *n.* 10. *et seqq.* ubi *n.* 15. ita usu servari, et in nullis penitus caussis præstetur. Sed Beust. *ad Rubr. D. de jurejur. n.* 182. *et* Speckh. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 20. *n.* 4. quando pie id præstari testantur in foro Saxonico in Consistoriis Publicis, maxime in caussis matrimonialibus. Quanquam vero hunc morem Saxones reprobent. Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 12. et Faeb. *d. loc.* ac Coler. *d. Decis.* 117. *n.* 11. omni ratione carere asserat; melius tamen alii juste talem consuetudinem tolerari, qua perjuria multa evitantur, cum et jam olim testatus fuerit Bald. *in L. si post* 24. *C. de evict. n.* 1. expedire ut ex usu judiciorum tolleretur ad tot perjuria evitanda, cum vix tressis fere æstimari soleat, Wes. *in Par. C. h. tit. n.* 5. Gail. *d. Obs.* 85. *n.* 5. Obrecht. *d. C.* 11. *n.* 22. Ant. de Re C. 1. *n.* 36. Maran. *P.* 6. *tit. de juram. n.* 11. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 11. *n.* 5. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 1. *C.* 15. *n.* 34 *et Lib.* 2. *C.* 6. *n.* 19. Ideoque et statuta hujosmodi valere recte Vitebergæ judicatum ex Soceri Mich. Teub. *annot.* refert Rauchb. *P.* 1. *Quæst.* 10. *n.* 6. Nec dissentit Scaccia 2. *de judic.* 1. *n.* 131. Quin et olim sapientissimus Plato *Dialog.* 12. *de Legib.* jusjurandum nec a litigatoribus exigendum, nec etiam si jurare parati, suscipiendum esse gravi ratione censuit.

(6) Vulgo formam hujus jurisjurandi ad quinque hæc capita revocant. 1.° Quod caussam suam justam putet vel credat. Neque enim hic præcise et liquido juratur, sed ex conscientia, licet vero caussæ natura alia forsan sit, ut *L.* 2. §. 2. *C. h. t.* Unde vulgo non esse hoc juramentum veritatis sed credulitatis, vel non scientiæ sed opinionis, Obrech. *h. Tr. C.* 10. *n.* 23. *et seqq.* vid. Ant. del Re *h. Tr. C.* 8. Scaccia 2. *de judic.* 1. *n.* 60. Jac. Schult. *Obs. for.* 56. *n.* 50. Speckhan *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 18. *n.* 2. Aut de veritate quidem conscientiæ ac intentionis, de credulitate autem facti vel obli-

50. *penult.* in princ. Pariter autem ambo ut jurent nihil se omnino in judicio differendæ litis caussa esse facturos. Quod propter rationes et literas quæ postulantur edi ab adversario, cautum (7) est *d. Novella*, §. *penultim.* quo nomine olim tunc jusjurandum exigebatur, cum probationes istæ requirebantur, non (8) initio ex L. 1. *Cod. de jure-*

gitinnis, post Bald. Tuming. *Decis.* 45. *n.* 17. Objic. Atqui dicitur *ex animi sui scientia* jurare *d. L.* 2. §. 2. Resp. Cujac. 1. *Obs.* 21. pro eo legit *ex animi sententia*, quod idem est ac ex sincere, fide et conscientia, quia et hæc vetus jurandi formula. Verum notatur ab Hot. 2. *Amicab.* 1. tum quia formulæ solemnes per Constantinum sublatæ, tum quod scientia illic certæ caussæ notitiam significet per præcedentia et sequentia. Mihi videtur suo se mucrone petere Cujacius dum huc accommodat illa verba solemnia *Si sciens fallo. etc.* Nam si eo respicias, ex animi scientia jurat, quicunque sciens non fallit. cuique, si forte res aliter se habeat, ipsi non aliud compertum est. Sane recepta lectio adstruitur satis verbis prioribus *scire possunt.* Et ipsa contextus series ac vis verborum sequentium *Et licet* hanc sententiam arguunt tutores jurejurando hoc vinciendos, quia non pupillis, sed ipsis comperta esse potest caussæ justitia; et ita hoc casu ex certa scientia jurare liquido possunt. Sed etsi non usquequaque comperta sit, modo caussa anceps nec evidens ejus injustitia, jurandum ipsis de opinione quod justam caussam statuant etc. 2.° caput: quod interrogatus verum diffiteri nolit, aut saltem quod statuet, responsurus. 3.° Nihil corrumpendi frustrandive judicii caussa judici aliive dedisse, cavisse, daturum, cauturum *Nov.* 124. *C.* 1. quod et olim obtinuit Plin. 5 *Epist. ult.* Etsi enim id diversum ab hoc juramento statuat Obrech. *h. t. C.* 10. *n.* 37. Verius tamen clausula, seu pars hujus jurisjurandi statuitur, ut et Joan. Saresberiens. *Prolicratici Lib.* 5. *C.* 13. 4.° Falsa probatione scientem non usurum. 5.° Litem temerarie petitis dilationibus non protracturum, *L.* 1. *pr. C. h. t.* Quæ his rythmicis versibus inclusa;

*Illud juretur quod lis sibi justa videtur,*
*Et si quæretur, verum non inficietur.*
*Nil promittetur, nec falsa probatio:*
*Ut lis tardetur dilatio nulla petetur.*

Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 174. vid. Jac. Sch. *Obs. forensi.* 56. *n.* 40. Et aliis a Justo Vultejo Hermanni parente relatis a filio 2. *Jurisp.* 31. *n.* 159.

*Juro meam litem mihi fultam jure videri;*
*Nec celaturum si qua rogatus ero:*
*Nec promissurum, neque caussæ falsa legende*
*Dicere, nec litem ducere velle meam.*

Ex quibus tertium istud caput, pro illo veteris jurisjurandi formulæ de superflua probatione ab adversario non exigenda, *Auth. in isto C. h. t. Nov.* 49 *C. ult.* substitutum. Contra hoc jurando plerumque omitti testatur

Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 27. *et seqq.* Vis hujus præstiti, ut calumniæ suspicionem elidat. Unde qui condictione furtiva rem, ceu a decessore subtractam petierat, ab heredibus nec obtinuerit, per hoc excusatum ab animo injuriandi, ne lite illa finita injuriarum conveniri possit statuit, licet subauditus. Mod. Pist. *P.* 1. *Q.* 35. Non vero ab evidenti calumnia excusat, minus expensarum condemnatione per se solum liberat, Covar. *Pract. QQ. C.* 27. *n.* 1. Obrecht. *C.* 12. *n.* 13. *et seqq.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 56. *n.* 44. *et seq.* et DD. communiter. Etsi enim Alex. contrariam receptiorem vocet, ei tamen et in hoc alii obloquuntur. Seraphin. de Seraph. *Privileg. juram.* 13. *n.* 3. Alias certe, quandoquidem regulariter hoc præstandum, expensarum condemnationi regulariter non esset locus, contra juris regulam. Quin nec si calumnia cessat, quæ ex eo solo quod quis succubuit arguitur. *L.* 3. *Cod. de calumn.* ideo et temeritas litigandi, quæ latius patet, vid. Bart. *ad L.* 13. §. *sin autem* 8. *Cod. de judic. n.* 1. et 2. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 5. *n.* 40. Anton. del Re *h. Tractat. Cap* 22.

(7) Hinc in quibus caussis nulla probandi necessitas, nec jurisjurandi prohibendi; ut cum reus confitetur vel super notorio facti permanentis agitur, Sichard. *ad L.* 1. *Cod. hoc titu. n.* 3. *et* 4. Vasq. 2. *Controvers. usufreq.* 25. *n.* 21. idem statuens, ubi quæstio juris vertitur, non probationes facti, sed allegationes LL. exigens. Sed recte Sichar. *ad d. L.* 1. *n.* 5. in proferendis et ad propositum adaptandis LL. earum contorsione et mutila sæpe citatione non minorem fraudem et calumniam committi. De caussis in quibus hoc jusjurandum necessarium vel non, vid. Obrecht. *hoc Tractat. Cap.* 8 Anton. del Re *hoc Tractat. C.* 19. *et sequent.* Scaccia 2 *de judic.* 1. *n.* 139. *et seqq. et n.* 213. *et seqq.* Setser. 3. *de juram.* 4. Cujac. *in Nov.* 49. *sub fin.* Damhud. *Praxis. Cap* 151. *n* 11. *et seqq.*

(8) Id est, in lite contestanda, vel mox post litem contestatam. *L.* 14. §. 1. *Codic. de judic.* quia quæ in continenti post fiunt, inesse videntur, Sichard. *ad L.* 2. *pr. Cod. hoc tit. n.* 7. Tiraquel. *de Retract. convent.* §. 1. *gloss.* 5. *n.* 2. Unde hoc initium 2. partis judicii statuitur, Sigismund. Scaccia 2. *de judic.* 1. *n.* 1. Et ita generali hoc præstito, speciale deinde super aliquo capite litis a parte exigi nequit. Quod si non initio præstetur, hoc ipso in ordinem judicantium peccari jure civili mihi plane videtur, cum *d. L.* 2. *princ. et* §. *ult.* ita districte hoc exigat, neque aliter progressum litis permittat. Unde vix ambigo quin dispositio *C. pr. Extr. h. t. in* 6. quod si in exordio non juretur, postmodum in qua-

*jur. prop. cal. dan.* ut appareat jusjurandum de calumnia sæpius olim exigi solitum, nunc semel.

VIII. Jubet autem (9) ipsos dominos litis jurare, sive per se agant, sive per procuratores. Ut si quidem per procuratores agatur et domini in judicio ipso procuratorem dent, ipsi statim jurent; sin procurator veniat nullo certo mandato prolato, admittatur quidem ipse iis conditionibus quas jus præscribit, sed omnia quiescant prius quam dominus litis, intra tempus quod a judice statuetur, jusjurandum præstiterit, (10) *d. L.* 2. §. *sin autem abfuerit*, et §. *hoc etiam*, *C. eod.*

libet litis parte jurari queat, enm præstatio ab initio de substantia ordinis judieiarii non existat, absona sit a constitutione Justiniani *d. L.* 2. ut et a juris civilis ratione. Quod cum evidens appareat, inspecto usu et fine jurisjurandi bujus exigendi, miror id vulgo non notari, sed plerosque secure docere quandocunque ante conelusionem eaussæ exigi vel præstari posse, nulla diversitatis inter jus civile et Pontifieium mentione. Equidem hanc differentiam notavit Obrecht. *Tr. C.* 2. *n.* 6. quod cum jure civili speciali juramento calumniæ locus sit, non tantum in singulis litis partibus, sed et in aliis caussis extra judicium, jure Canon. *d. C.* 1. tantum in qualibet litis parte. Et idem *C.* 9. *n* 12. utroque jure hoc jusjurandum initio litis præstari ac *d. C.* 1. *pr.* verbis in qualibet etc. de speciali jurejurando accipit. Quod vix probandum videtur. Plane et ante litem contestatam deferri potest, si appareat reum quærere divertieula, aut exceptionem dilatoriam frivole objicere, Sich. *ad Rub. C. h. t. n.* 1. Etsi tunc præstitum, iterum præstari debere lite contestata, atque sic *L.* 1. *C. h. t.* per *Auth. seq.* corrigi tantum quoad juramentum post litem coutestatam præstitum doceat idem Sich. *ad d. Auth. n.* 2. Enimvero in omnibus caussis, ante vel post judicium acceptum, judex a partibus recte exigit juramentum malitiæ, quoties viderit expedire. *C.* 2. §. *ult. h. t.* in 6. ex officio scilicet, non ad partis instantiam, nova suspicione calumniæ suborta, etiam post conelusionem caussæ, vid. Gail. 1. *Obs.* 84. *n.* 6. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 8. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 85. Jo. Bapt. Asin. *de Exseeut.* §. 3. *C.* 17. *n.* 5. Quod juramentum malitiæ aliqui a juramento calumniæ distinguunt, Martin. 4. differentias tradens *annot. ad Azon. Summ. C. h. t.* Anton. del Re *C.* 1. *n.* 31. *et seq.* Scaccia 2 *de judic.* 1. *n.* 62. Obrech. *C.* 2. *n.* 6. Damhuder. *Prax. civ. C.* 151. *n.* 8. *et n.* 31. Cunrad. Hereshaeb. *Epitome Jurispr. Christianæ Edict. III. Præcepti pag.* 77. eum *juxta alios* tantum alia appellatio fit ae juramentum calumniæ speciale, P. Greg. 48. *Synt.* 6. *n.* 2. Cujac. *ad C. pen. Extra. h. tit.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 4. *et Obs. seq.*

9) Prius antem jurare debet actor, postea reus per *L.* 2. *sub fin. pr. et* §. 6. *ac* 7. *C. d. h. tit.* Beust. *ad Rub. D. de jurej. n.* 184. Obrecht. *h. Tr. C.* 5. *n.* 5. Nec tamen hie ordo substantialis solemnitatis est, ut ejus inversio et præposteratio aetum vitiet, Sich ad *d. L.* 2. *pr. n.* 7. Scaccia 2 *de jud.* 1. *n.* 268. *et seq.* Speckban. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 25 (quam integram quasi transcripsit, more suo illaudatissimus Jerem. Setser. *Lib.* 3. *de juram. C.* 5. *n.* 19.

(10) Et boc jure civili certissimum est in juramento generali ad judicii ordinem pertinente, etsi caussa agatur per procuratorem. Quod et Frid. II. Imper. agnovit, ut patet ex Petri de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 50. Prineipales enim quorum res agitur, magis caussæ veritatem scire, magisque ex conscientia jurare possunt, Obrecht. *C.* 6. *n.* 12. *et* 20. Etsi speciale et extrajudieiale jusjurandum calumniæ, quod ad rem privatam pertinet, Procurator præbere possit, *L.* 13. §. 13. *de dam. infect.* Obrecht. *d. C.* 6. *n.* 22. jure autem Canonico procurator speciale mandatum babens admittitur *C. ult. h. t. in* 6. Et itaque quotidie Proeuratores hujusmodi juramenta in Senatu Spirensi in animas et suas et domini præstant, *Ord. Camer. P.* 1. *Tit.* 65. *et* 74. Gail. 1. *Obs.* 83. *n.* 1. add. Beust. *ad Rub. de jurej. n.* 194. Harpr. *ad pr. Instit. de iis per quos agere n.* 27. Et illam dispositionem juris eivilis abusu non servari, seribit P. Greg. 48. *Synt.* 6. *n.* 4. Licet Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 6. juris civilis correctionem per *d. C. ult.* non agnoscat. Non placet ratio Obrechti *d C.* 6. *n.* 25. quia procuratores fere melius ealumniari norunt. Hæc enim ratio exigendi quidem jurisjurandi a procuratore, sed non ab eo solo, mandatum autem speciale ita requirit, Covar. *ad C. quamvis* 2. *de pact.* in 6. *p.* 1. §. 5. *n.* 20. ut et necesse sit caussam exprimi super qua jurandum, quomodo et Vasq. *d. C.* 25. *n.* 17. *et* 19. requiri non tantum speciale, sed et singulare. Quod tamen in Camera stricte non servatur, Gail. *d. Obs.* 83. *n.* 3 (Quid in conjuncto, vid. Del Re *d. Tr. C.* 15. *n.* 267. *et seqq.* Scaccia 3. *de judic.* 1. *n.* 260. *et seqq.*) Generale autem mandatum utique non sufficit, nec si clausula *cum libero* inserta, Vasq. *d. L.* Tametsi Bover. *Singul.* 40. *n.* 10. procuratorem generalem tunc admitti, eum domini præsentia facile haberi nequit. Est tamen adhuc in arbitrio judieis exigere boc jurisjurandum ab ipso principali, per *C.* 3. verbis *qui caussam omnino non nesciant h. t.* Obrecht. *d. C.* 6. *n.* 6. Quin etsi procurator in rem suam, cum ejus caussa sit et commodum, ipse ita juret, sive utili suo sive directa mandantis nomine agat, Azo *contra Placentin. Summ. Cod. h. t. n.* 6. si tamen objieiat reus, quod mandati melius comperta veritas, illum

IX. Sane si res agatur per tutores aut curatores, vel adeo his auctoribus, jubet Justinianus non pupillos aut adultos eosve quorum res per legitimos administratores curantur, jurare; sed eos qui (11) legitimam administrationem sustinent, ut jurent quod credunt et existimant recte et jure a se fieri. Nam ii quorum res est, quid agatur scire non possunt, *d. L.* 2. §. 1. Jubentur isti omnes hoc jusjurandum præstare, et lite contestata statim in ipso exordio litis, et ante quam patroni jusjurandum præstent, *d. L.* 2. in prin. et. §. *ult.*

X. Sane jure Pontificio clericis aliisque ecclesiasticis personis hoc jusjurandum remissum, imo et interdictum est; tantum licet eis per procuratorem vel syndicum jurare, C. 3. 4. pen. et ultim. *Extr. de juram. calumn.* quod a jure civili etiam non abhorret. (12) *L. Clericis, Cod. de. episc. et cler.*

XI. Jubentur jurare in judicio apud judicem, nisi vel sit mulier, vel egregia persona, vel is qui valetudine impediatur. Quod genus personarum jus non cogit in jus venire. Itaque si cum his nobis res sit, jubetur, ipsis postulantibus, in domo earum jusjurandum exigi, altera parte vel ejus procuratore præsente, (13) *d. L.* 2, in. princ. vers. *sin autem.* Vide *L. ad personas, D. de. jurejur.*

XII. Si litigatores exacto jurejurando recusent jurare, hæc est pœna: actor cadit ab instituta actione: reus pro confesso habetur, (14) *d. L.* 2. §. *quod si actor.* Quid si

jurare teneri idem Azo statuit. Plane et a procuratore exigitur jusjurandum, quod præstet nomine suo et in animam suam, atque in illo non requiritur mandatum speciale, Hartm. Hart. *Tit.* 10. *Obs.* 1. *n.* 8. Nam etsi principalis ipse litem contestatus et sic juravit, procurator postea ab illo constitutus jurare debet. Sich. *ad Auth. principales C. h. t. n.* 3. Et substitutus quoque procuratori, etsi substituens ante id præstiterit. Obrecht. *h. Tr. C.* 10. *n.* 44. ubi *n.* 43. *ex Ord. Cam. P.* 1. *C.* 65. Procuratores tam in suam quam in principalis animam jurare. Quod et generaliter usu receptum esse in palatio Romano testatur Octav. Vestr. *Pract. Lib.* 4. *C.* 5. *n.* 17. Plura de hoc juramento procuratorum pete ex Ant. del Re *h. Tr. C.* 16. Scaccia 2. *de judic.* 1. *n.* 108. *et seqq. et n.* 178. *et seqq.* Heredes quoque lite ad eos translata juramentum hoc præbent, *Auth. principales pr. C. h. t.* Etsi enim factorum defuncti probabilis ignorantia, tamen et ipsi de caussa jam ipsorum effecta inquirere possunt, et tantum de opinione jurant. Obrecht. *C.* 5. *n.* 8. *et* 9. vid. tamen Ant. del Re *h. Tr. Q.* 15. *n.* 126. *et seqq. et* 2. 18. *n.* 27. *et seqq.*

(11) Ut sunt Syndici, actores, curatores bonis dati, prælati Ecclesiarum, œconomi, orphanotrophi, Sich. *ad L.* 2. §. 2. *C. h. t. n.* 1. *et* 2. Item patres de adventitiis filiorumfamilias agentes. Sed an una tunc cum patre juret filiusfamilias vid. Sich. *d. loc. n.* 5. Et ratio differentiæ inter procuratorem et tutores. Illi eorum lites suscipiunt qui per se idonei: Hi eorum qui ipsi jurare nequeunt. Alia autem caussa jurisjurandi in litem, *L.* 4. *pr. de in lit. jur.* Quia illud est affectionis, ibique semper metuitur ne plus æquo juretur. Obrecht. *C.* 6. *n.* 15. *et seqq.* Procuratori fisci in Camera hoc jusjurandum remittitur, Myns. 1. *Obs.* 74. Gail. 1. *Obs.* 90. *n.* 4. Beust. *ad Rub. de jurejur. n.* 186. Obrecht. *d. C.* 6. *n.* 32. *et seqq.* Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 14. *n.* 10. qui sic post accuratam disceptationem judicatum testatur, et ita in Senatu Mantuano ac Montisferratensi. Joan. Petr. Surd. *Decis.* 18. *n.* 11. vid. Anton. del Re *C.* 18. *n.* 14. *et seqq.* Ratio, quia initio officii juramento suo obstrictus est. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 25. Remittitur et jure communi parentibus ac patronis, de quo *in Commentar. ad Tit. Digestor. de jurejurand. Cap.* 13. *n.* 2.

(12) Cujac. *in Novel* 49. *in fin. et in C.* 1 *Extra. h. t.* ubi scribit quod de clericis Constantinopol. *d. L.* 25. disposuit, ab Henrico II. Imperatore primum, deinde ab Honorio Papa *d. C.* 1. ad omnes extensum esse. Turpe enim hos in falsitatis vel calumniæ suspicionem vocare, qui ob religionis et pietatis professionem ab utroque abesse putantur, Obrecht. *C.* 5. *n.* 15. Apparet tamen ex *d. C.* 5. *et Cap. ult. h. t.* si ipsi per se litigent, jurare eos cogi. Quod et tandem invaluisse scribit Obrecht. *d. C.* 5. *n.* 16. add. Azo in *Summ. C. h. t. n.* 7. fuse Anton. del Re *h. Tr.* C. 15. *n.* 308. *et seqq.* Alii distinguunt, ut etsi non de calumnia, tamen de veritate dicenda jurent. Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ C.* 15. *n.* 10. Reges quoque et principes ob eorum dignitatem, qua suspicio calumniæ excludatur, excipi voluit Myns. 1. *Obs.* 74. *in fin.* Obrech. *C.* 8. *n.* 13. Del Re *C.* 18. n. 3. Intellige ut eorum procuratores in animas dominorum non jurent. Nam de ipsis, cum in judicio versari non soleant, nulla quæstio. Male qui rationem istam in persona procuratorum cessare putant. Nam immo jusjurandum quod in animam domini præstatur, ex suspicione calumniæ ipsius domini exigitur, indeque perjurus fit, si perjeratur, non procurator qui juravit, sed is cujus nomine. Sichar. *ad Auth. principales C. h.* t. *n.* 3. Plura de personis quæ sic jurare tenentur, Anton. del Re *h. Tr. C.* 15.

(13) *Auth. principales* §. 1. 2. 3. 4. *C. h. t.* Obrecht. *C.* 9. *n.* 13. *et seqq.* vid. Anton. del Re *C.* 17. *et* confer *Commentar. in Tit. Digestor. Cap.* 14. *n* 5. *et* 6.

(14) Statie. *Obs. Pract. Cap.* 20. *n.* 92. post

jusjurandum a judice exactum non erit? Et Justinianus in *d. L.* 2. §. *sed quia*, vetat hoc jusjurandum remitti invicem a litigatoribus, et judicem jubet omnimodo id exigere; adjiciens se legem de hoc genere non pro commodo privatorum, sed pro utilitate comuni posuisse. Unde apparet, si jusjurandum exactum non erit, contra legem fieri et ordinem in judiciis institutum. Contra hunc prolatam sententiam (15) nullius momenti esse constat, *L.* 4. *Cod. de sent. et interloc.* Pontifices ea re vitiari judicium noluerunt, *C.* 1. *de juram. cal. lib.* 6.

XIII. Post hos jubet advocatos utriusque

alios citatos Jac. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 46. Sig. Scaccia 1. *de judic.* 1. *n.* 63. *et seqq.* Anton. del Re *Cap.* 14. *et Cap.* 21. quos vide. Ut tamen præcedat sententia declatoria per *d.* §. 6. (verbo *cadat* futuri temporis) Gail. 1. 86. *n.* 1. Obrecht. *Cap.* 12. *n.* 18. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 25. Schult. *d. loc.* *n.* 47. Et usque ad sententiam moram purgagari posse docent Gail. *d. loc. n.* 2. *et seqq.* Obrecht *d. C.* 12. *n.* 19. vid. Scaccia *d. C.* 1. *n.* 101. *et seqq.* Quid si procurator jurare sic noluit, an et quatenus id domino noceat, vid. Gail. 1. *Obs.* 89. Obrecht. C. 12. *n.* 23.

(15) Unde pervulgata est nostrorum doctrina, jusjurandum hoc expressa sane partium conventione remitti non posse, cum ratione publicæ utilitatis id exigatur, taleque pactum turpitudinem in se contineat; tacite vero posse, si nempe non exigatur, nec inde judicii ordinem vitiari per *d. Cap.* 1. *Obs.* 85. *n.* 2. Vasq. 2. *Controv. usu freq.* 25. *n.* 22. Sich. *ad Rubr. Cod. h. tit. n.* 10. *et ad P.* 2. *pr. n.* 9. Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 20. *n.* 5. Scaccia *de jud.* 1. *n.* 49. *et seqq.* (qui inde negat esse hoc juramentum de substantia judicii simpliciter et per se, sed solum si exactum fuerit) Lanc. Conrad. *de Off. præt. in causs. civil.* v. *juram. cal. n.* 1. Gravat. *ad pract. Vestrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. F.* Cagnol. *in L.* 23. *de R. J. n.* 82. Virgil. Pingitz. *Q.* 35. *n.* 4. Wult. *ad pr. I. de act. n.* 67. Wendelin. Hailman. *de Testib. C.* 4. *p.* 55. Ant. del Re post plures citatos de *juram. cal. C.* 12. *n.* 8. *et seqq.* Jac. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 6. junct. *n.* 29. Etsi vero plerique tacitam eam remissionem jure civili quoque ratam esse doceant per *L.* 34. §. 4. *D. de jurejur.* arg. a contrario ex verbis: *si hoc exigatur*, *L.* 5. §. 14. *de op. no. nunc.* Contra tamen cum Donello verissime sentiunt Stiatic. *Obs. pract. C.* 20. *n.* 65. *et seqq.* et And. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 2. tum quia eadem ratio inhibendæ tacitæ remissionis, cum ad ordinem judicii pertineat, qui non est in arbitrio litigatorum, Forner. 2. *Select.* 2. tum quia Imperator *d. L.* 2. §. 4. districte cavit ne dissimulatione, quo tacita conventio hæc innuitur, sanctio sua deludatur. Ad hæc *d. L.* 2. *pr.* habetur non aliter, nec actorem, nec reum subire certamina debere etc. nisi hoc jusjurandum subeant; unde satis patet non exspectari debere petitionem partis adversæ, sed utrumque id ultro subire debere, Stiatic. *d. loc. n.* 103. Non obest *d. L.* 34. §. 4. *d. L.* 5. §. 14. Illic enim exempla jurisjurandi calumniæ specialis, quod cum ad privatam caussam exigatur non publicæ utilitatis intuitu, facilius remitti potest. Forner. *Select.* 4. Obrecht. *d. loc.* vid. notata ad *Commentar. in Tit. Digestor. Cap.* 13. *N.* 5. Quare judicis officii erit ut, parte non petente, ipse proprio motu exigat, P. Gregor. 48. *Synt.* 6. *n.* 10. Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 3. *C.* 17. *n.* 1. *et* 2. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 64. *n.* 20. Speckhan. *Cent.* 2. *D.* 4. *Q.* 27. Quod et ipsi licere, si conventione jurata remissum sit, Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 5. qui ipsam tamen conventionem ob juramentum valere putat, licet alias nec decennii lapsu illam firmari asserat *d. C.* 64. *n.* 19. Enimvero in hoc utrique juri Civili et Canonico convenire inter nostros convenit, quod posteaquam semel petitum, si non præstitum, processus nullus reddatur, quia exinde hoc jusjurandum substantiale judicii effectum. vid. Caroc. *de juram. lit. decis. Quæst.* 13. *principali n.* 6. Ant. del Re *hoc Tract. Cap.* 14. *et Cap.* 21. Scaccia 2. *de judic. n.* 86. *et seqq.* Gravat. *ad Pract. Vestrii Lib.* 5. *Cap.* 2. *lit. D.* post alios Rauch. *P.* 1. *Q.* 11. *n.* 4. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 19. *n.* 2. Nec posse id judicem remittere etiam in caussis summariis Menoch. *Arb. Q.* 20. *n.* 2. *et* 4. *Adip. possess. n.* 553. Unde advocatum instruunt ut postquam semel petiit, ne ulterius petendo insistat. Ita enim si sententia adversa feretur, poterit processum arguere, Mathesilan. *Sing.* 64. Menoch. 1. *Arb. Q.* 20. *n.* 6. Lancel. Conrad. *d. v. juram. cal. n.* 6. Sed hæc cautela vafra ac malitiosa ad suum auctorem diabolum remittenda, Obrecht. *h. Tr. C.* 11. *n.* 28. Speckhan. *d. loc. n.* 3. Quid si actor jam perfecte suam intentionem implevit? Tunc jurare eum non teneri, nec ex recusatione pro confesso haberi statuunt Gabr. Sarayna *Annot. ad Mathesilan. Sing.* 65. *n.* 1. *et* 2. Gravat. *ad d. C.* 2. *lit. F.* Caroc. *d. Quæst.* 13. *n.* 21. Jac. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 32. Contra Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 25. *n.* 9. 10. quia etsi tunc jurisjurandi de re principali delationi non locus *C.* 2. *de probat.* eo quod in nullo ejus præstatio relevaret, alia tamen hujus ratio, cum præsumptio calumniæ recusatione hac orta aliam præsumptionem quæ ex probatione elidere possit. Sane si ex juris civilis ratione rem metimur, inanis hæc contentio. Neque enim hoc præstari debet nisi ante litem contestatam, ut *h. C. N.* 8. Ergo nec post probationes perfectas quæ post judicium acceptum instituuntur.

partis jusjurandum præstare, *d. L.* 2. in princ. Exigit in *L. rem non novam*, §. *patroni*, *Cod. de jud.* ut jurent tactis sacrosanctis evangeliis, et simul quid jurent ibidem præscribit; quod cum disertis verbis fiat, inde petere licebit. Summa autem hæc est: caussam se suscipere quam judicio suo non improbant: ei se omni studio, et bona fide adfuturos: si quid maliciose et improbe fingi in ea postea deprehenderint, protinus se ejus patrocinium omissuros. Quibus caussam susceptam deserentibus, idem constituit non licere domino litis ad alterius advocati patrocinium confugere. Si exacto jurejurando patroni jurare nolent, videlicet ad actionem caussæ non admittentur.

XIV. Si forte judex ab his non exegerit jusjurandum (16), ea constitutione non cavetur quæ sit pœna. neque ex ea satis colligi potest; dici tamen potest non improbabiliter, quod prius dixerat periculosum fore contemptoribus si judex ipse non juraverit, id et ad jusjurandum patroni de quo continenter sequitur, recte transferri; ut periculosum sit et hic quoque judici id non exegisse, veruntamen judicium nihilominus consistat; quia ex fide patronorum judicium non pendeat. Periculum autem idem intelligimus quod supra, ut videatur scilicet in eo litem suam fecisse judex qui male judicium exercuerit.

(16) Add. *supra Lib.* 18. *C.* 3. *N.* 45. Atqui: hoc juramentum peculiare esse et distinctum a juramento calumniæ ostendit Obrecht. *de juram. Cal. C.* 6. *n.* 38. *et seq.* Quem præter citatos *supra d. loc.* de hoc adi, et Anton. del Re *de juram. calumn. C.* 15. *n.* 240, *et seqq.* (ubi consuetudine hoc non præstari notat, quod et monet Beust. *ad Rub. D. de jurejur. n.* 186.) Sperkhan *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 22. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 7. *n.* 15. *et seqq.* Jacob. Schult. *Obs. forens.* 55. *n.* 22. ubi advocatos singularum caussarum hodie non jurare, Curiarum vero provincialium in hisce terris initio officii jurejurando unico obstringi notat. Apud veteres jusjurandum nullum dedisse advocatos ex illo Cicer. *pro Cæcinna*: id jurati testes dicunt quod ego injuratus insimulo: arguit Jan. Langlæ. 1. *Semestr.* 2. *in fin.*

## C A P. IV.

**Lite pendente nihil innovandum. Inde prohibitam sequestrationem pecuniæ. et ad L. un. C. de proh. sequest. pecun.**

*Continuatio; et ad* L. unic. C. de pro. Sequestr. pecun. *explicationem ingressio.* I.
*Tria in* d. L. unica *decisione contineri* 1. *sequestrationis prohibitionem.* II.
*Prohibitionis ratio diserte explicatur.* III.
2. *Prohibitionem talem ut afficiat actionem quamcunque in personam.* IV.
3. *In sequestrationem venire res mobiles tribus in caussis: quæ istæ.* V. VI.
*Item fructus rei immobilis tribus et solis de caussis; et quæ illæ.* VII.
*Item possessionem ex jure canonico* VIII.
*Sequestratio ad judiciorum ordinem pertinet.* IX.

I. Fide et religione judicii jurejurando confirmata, ante omnia hoc cavendum est judici et deinceps in reliqoo judicio servandum, ne qnid ante sententiam in re de qoa lis est (1) innovet. Nam si adversus eum, qoi semel bisve condemnatus sit, si adpellaverit, constitutum est ne qnid pendente appellatione innovetur, *L. unic. D. nihil innov. appell. pend.* quanto magis idem adversus eum in quem nihil dum pronnnciatum erit? Ex hoc jure est, quod vel sola seqnestratio pecuniæ petitæ prohibetur, *L. unica, C. de prohib. sequest. pecun.* quæ tamen eum videatur interdum adversus reum juste postulari, res postulat ut de eo hoc loco paolo plura dieantor. explicetnrqne a nobis *d. L. unica.* Sequester est is, apud quem duo pluresve eandem rem de qna inter eos controversia est deposuerunt, ea lege ot ei redderentur qoi vicisset. *L. sequester. D. de verb. signif. L. proprie, D. depos.* Sed et is sequester est, apnd quem rem controversam judex solus deposuit. quomodo sequester hic accipitur. Hinc seqoestrare pro apud seqnestrem deponere, et seqnestratio ejusmodi depositio est. Sequestri officium describitur in *L. ei apud quem, §. 1. D. depos.* Pecuniæ verbum idem hic significat quod fere in aliis partibus juris, idest non numeratam pecuniam tantum, sed rem omnem quæ petitur, idest omnia corpora, ut est in *L. pecuniæ, D. de verb. sig.* Id ita esse, ratio constitutionis hujus *tit. C.* indicat. De prohibita autem sequestratione dicitur, non ut intelligamus agi de sequestratione ea quæ probibita sit; nam interdnm prohibetur, interdum non, ut infra apparebit.

II. Ergo cnm jodicio agitur et pecunia seu res quævis petitur, quæri solet, quia forte debitoris aut rei persona videatur suspecta, an cogendus sit rem petitam sequestrare, et an judex postulante actore jubere debeat eam sequestro committi, ut deinde victori reddatur, sive is actor erit sive reus, atque hoc modo victori consulatur. Hic de hac re ita cavetur *quotiens ex contracta pecunia postulatur ut sequestrationis necessitas conquiescat.* Qua definitione comprehensa sunt tria hæc. prohibitio sequestrationis, caussæ in quibus sequestratio prohibeatnr. et res quæ prohibeantur sequestrari.

III. Primum jubetur conquiescere necessitas sequestrationis, id est vetatur judex imponere debitori seu reo necessitatem rei petitæ sequestrandæ, sive possessione amissa rem petitam apud sequestrem deponere. Unde intelligimus, inter (2) volentes seque-

(1) Etsi Princeps jusserit, vid. *Novel.* 113. *Cap* 1. ae etsi Fiscus egerit, *L.* 7. *Codic. de jure fisci.* Fuse de attentatis lite pendente Lancell. *de Attentat. Parte C.* 4.

(2) Vulgata sequestrationis divisio in conventionalem seu voluntariam, et judicialem seu necessariam, quam Jacob. de Arena *de Seqnestr. n.* 1. et 2. contentiosam vocat. Gœd. et ab eo citati *de Sequestr. C.* 1. *n.* 79. Scaccia 1. *de judic.* 38. *n.* 2. Licet alii mixtam addant. alii casualem, ut Damhuder. *Praxi civil. Cap* 72. *n.* 5. Alii in propriam et impropriam dispescunt. quos Gœd. *d. loc.* refellit. In uberiori materia hac, ut diffusior sim multa vetant. Adeundos præscribo. cui libitum est. quos ipse adii, Fr. Curt. Sichard et Donell. *ad L. un. Cod. hoc tit.* Jacob. de Arena *de Sequestr.* Sigismund. Scaccia 1. *de Judic.* 38. Coras. 3. *Miscell.* 2. Robert. 1. *Sentent.* 5. Leonin. 7. *Emend.* 1 Perrenon. 1. *Animadver.* 15. Bronch. 1. *Miscell. Ass.* 63. *et seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 457. *et Retin poss. Remed.* 3. *n.* 88. *et seq.* Asin. *de Exsecut.* §. 3. *Cap.* 122. *et seqq. et Cap.* 132. Tira-

strationem non prohiberi; tantum prohiberi, si altero invito postuletur. Ratio prohibitionis subjecta est, quia debitorem oportet primum convinci, et sic deinde ad solutionem pulsari, id est urgeri. Addita est ratio rationis quæ consideranda est, quia hoc et juris ratio et æquitas persuadeat. Juris rationem intelligunt Imperatores furmam juris et ordinem judicii jure constitutum in rebus persequendis. Est autem hic ordo qui in primis nobis notandus est: Eum qui aliquid petit, oportere probare id quod intendit si negetur, et probare legitimis modis; atque ita negantem reum convinci, convictum condemnari, condemnatum deinde remediis juris ad solutionem urgeri, nempe pignoribus captis et distractis, unde judicatis satisfiat. Hic ordo præscribitur in *L. negantes, C. de obl. et act.* et *L. 1. C. de exec. rei judic.* Hic ordo jure constitutus declarat non esse movendam possessionem rei suo loco, nec quicquam quod sit rei attingendum esse, priusquam ille convictus et condemnatus fuerit. Ex quo efficitur rem ejus, quamvis petitam, sequestrandam non esse, sed in suo loco manere debere rei possessionem; et hoc jus ita constitutum est. Sed quamvis auctoritate constituentium hoc jus non niteretur, tamen per se æquissimum est, ut quamvis constitutum non esset, tamen constitui debuerit: idque est quod de æquitate subjicitur. Est autem æquum duabus de caussis Primum quia affirmatio actoris qui intendit pecuniam sibi deberi, nihil in re mutat si falsa est, *L. assumptio, D. ad municipal.* ac fieri potest ut falsa sit: certe nunc an vera sit non constat, nec prius constabit quam probaverit; proinde æquum est propter eam affirmationem nihil in jure debitoris mutari, nihil in caussa innovari; unde et illud constitutum est, etiam appellatione interposita, tamen nihil novari oportere adversus debitorem: multo minus nondum reo condemnato et appellatione non interposita, *tit. nihil innov. app. interpos. D.* Deinde cum actor intendit sibi deberi et reus negat se debere ac neuter probat quod dicit, hactenus apparet utriusque parem esse caussam. In pari caussa potior debet esse caussa possessoris: vel verius, par debet esse effectus caussæ apud utramque partem, ut qui prius non possidebat etiam nunc non possideat, qualis est actor; qui autem prius possidebat, etiam nunc possideat, qualis est reus, *L. in pari, D. de reg. jur.* Et hoc est quod dicitur: ubi paria sunt utriusque litigatoris jura, meliorem esse conditionem possidentis, quia in suo loco maneat possessio, *§. retinendæ, Inst. de interd.*

IV. Hæc ratio posita ostendit quibus in caussis sequestratio prohibeatur. Constitutione expressum est prohiberi, quoties ex contractu agitur. Itaque videri possunt his verbis excludi quasi contractus, maleficia et quasi maleficia. Sed generaliter definiendum est, sive pecunia petatur ex contractu, sive ex quasi contractu ut negotio gesto, sive ex maleficio, sive ex quasi maleficio, nunquam debitorem cum quo agitur, cogendum esse pecuniam quæ petitur sequestrare, nunquam judicem eam pecuniam ablatam sequestri committere. Et generaliter in omnibus actionibus in personam ex quibus petitur quod nobis debetur, non res nostra quæ nobis ablata est ut in condictione furtiva: in iis, inquam, omnibus cessare sequestrationem. Id evidenter primum efficitur ex subjecta constitutionis ratione; nam ideo jubetur conquiescere sequestratio, quia prius oportet debitorem convinci, sic deinde per prehensionem rerum ejus eum ad solutionem ur-

quel. *de Retr. convent.* §. 5. *Gloss.* 7. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. aulæ Rom. Cap.* 2. Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 72. Stiatic. *Obs. Cap.* 11. Gail. 1. *Obs.* 147. *et seq.* Mynsinger 1. *Obs.* 11. *et* 5. *Obs.* 35. Coler. *Process. Part.* 1. *Cap.* 2. *numer. et seq. et Part.* 3. *Cap.* 8. *n.* 31. *et seqq. et d. Part.* 3. *Cap.* 11. Comprimis vero, ut alios plures taceam, *Repetit.* Gœd. *in hunc tit. Decretalium.* Cautelam Studiosi discessuri, ne res ejus, absente illo, sequestrentur, petat is ex Blarero *in L. diffamari, Cap.* 2. *n.* 23. *pag.* 74. Cæs. Contard. *ibid. Cap.* 3. *n.* 4. Caguol. *in eand. C. n.* 14. et Speckhan. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Q.* 14. *n.* 3. Affinis sequestrationi Arrestatio quæ dicitur rerum debitoris, ac passim cum ea confunditur, diversa tamen, ut ostendit Gœd. *in Rub. Extra. hoc tit. n.* 20. *et seq.* Manus injectionem Latine dici posse, notat Budæ. *in L. ult. de Senat.* referente Gail. *de Arrest. Cap.* 1. *n.* 2. cum et in homines et in res manus injici legamus. Arresta autem in utrisque recepta. De quibus adi Gail. *de Arrest.* Petr. Peck. *Tr. de Jure sistendi et manuum inject.* Meland. *Comm. Cameral. P.* 2. *f.* 316. *et seqq.* Petr. Frider. 1. *de Process. extrah.* 38. *et seqq.* Et ad usum fori nostri *Nov. Elect. Saxon.* 29. *et seqq. Part.* 1. Moller. *et* 3. *Semestr.* 11. *et sequent.* Simon. Pistor. *Consil.* 7. *Vol.* 2. Modest. Pistor. *Q.* 110. 114. 136. 162. *et* 165. *Diff. jur. civil. et Saxon.* 43. *P.* 1. Coler. *Decis.* 209. Virgil. Pingz. *Quæst.* 58. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 3. *et* 4. Jacob. Schult. *Quæst. pract.* 41. Andr. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 3. *etc.*

geri. Hæc ratio ad omnes debitores pertinet, ut loci quos supra citavimus ostendunt, et præterea illa æquitas quam declaravimus. Proinde in omnibus idem jus de sequestratione statuendum, *L. illud, D. ad L. Aquil.* Movere nos non debet quod in constitutione dicitur: quotiens *ex contractu* agitur. Nam potius ex hoc verbo colligi oportet, idem jus in omnibus actionibus in personam in quibus agitur de eo quod debetur, idem statui debere. Nam sic est usus juris: quotiens lege aliquid constituitur de eo quod contractum est, toties omnis obligatio quæ ex aliis caussis nascitur, pro contractu habenda est, ubi manifesta ratio eas caussas non distinguat. Exempli gratia, jus ita est, unumquemque conveniri posse in eo loco ubi contractum est, *L. heres. §. 1.* et ult. *D. de judic. L. 3. D. de reb. auct. jud. possid.* Juris auctores in iis verbis contractum interpretantes ita definiverunt, omnem obligationem et qua quid debetur, pro contractu accipiendam esse, *L. omnem. D. de judic.* Eadem ratio ostendit quid hoc loco *pecuniæ* verbo intelligi oporteat, nempe non pecuniam numeratam tantum, sed rem omnem quæ debetur; quia in omnium rerum debitoribus semper verum sit quod subjicitur, debitorem oportere primo loco convinci, sic deinde ad solutionem urgeri. Definitione generali posita in actionibus in personam, sive in omnibus judiciis in quibus petitur id quod debetur, apparet sequestrationem imponendam non esse debitori, sive persona debitoris suspecta sit sive non sit; nec quidquam referre pecunia sit quæ petitur, an alia res; et in cæteris rebus utrum sit res mobilis quæ auferri possit, an immobilis.

V. Sed hoc jus in actionibus in personam, uti hic constitutum est, ita et locum habet; non item in actionibus in rem et iis quibus rem nostram petimus aut tanquam nostram vindicamus. In iis ut plurimum sequestratio prohibetur; interdum tamen admittitur. Admittitur autem interdum in his judiciis rei petitæ sequestratio, interdum fructuum. Res petita, si immobilis est, nunquam sequestratur, quia non est periculum ne debitor eam auferat; sin res petita mobilis est, interdum ejus rei sequestratio admittitur: id quod receptum est tribus in caussis.

VI. Primum, cum servus qui ante pro servo possidebatur, ex possessione servitutis in libertatem proclamat, et dominus eum in servitutem revocat, et idem petit sibi restitui peculium omne quod apud servum erat. Nam hic placuit, dum de caussa liberali cognoscitur, peculium omne servi deponi, idest sequestro committi, *L. 1. §. super, C. de assert. toll.* Quod jus habet hanc rationem: nam cum servus ex possessione servitutis in libertatem proclamat, etsi dominus eum petat in servitutem, tamen idem et petitor et possessor est; quia prius erat in possessione servitutis. Ideo non debet servus frui commodo possessoris cum ipse servus non sit; sed rursus quia iniquum est peculium restitui domino priusquam vicerit se dominum esse, ob id res eo deducitur ut apud neutrum esse debeat possessio peculii, quam ob caussam deponi oportet. Altera caussa est, si cum vero possessore rei agatur, sed ejus persona suspecta sit, et ideo periculum sit ne cum re aufugiat; quo casu desideratur ab eo ut satisdet rei petitæ nomine. Si non satisdat, placet rem controversam deponi, ut et actori consulatur, *L.* (3) *si fidejussor, §. ult. D. qui satisd. cog. L. senatusconsulto*, in fin. *D. de offic. præs.* Suspecta autem persona hic intelligitur quæ in eo territorio in quo agitur immobilia non possidet; non suspecta quæ possidet, *arg. in L. sciendum, D. qui satisd. cog.* Tertia caussa est, cum debitore jam condemnato ad exsecutionem rei judicatæ ventum est. Nam si hic debitor ab exsecutione appellet, ut interdum potest, et recipiatur ejus appellatio; placet non aliter eam recipi, quam si res mobilis de qua agebatur apud sequestrem deposita sit, ne scilicet malitiose debitor hac appellatione abutatur ad rem retinendam, *L. ab exsecutione, C. quor. appell. non recip.*

VII. Fructuum quoque rei immobilis sequestratio recepta est itidem tribus de caussis. Prima, si fructus rei populentur, idest deperdantur et dissipentur a possessore, *L. imperatores, §. ultim. D. de appell.* Illic quidem agitur de possessore qui post appellationem fructus depopuletur, sicut et in *C. 3. Extr. de sequest. possess. et fruct.* Sed idem probandum est, etsi (4) ante appellationem idem faciat; quoniam nihil magis

(3) Anton. Fab. *ad d. L. 7.* Triboniani esse vult et *d. §. ult.* et reliquos locos Pandectarum quibus sequestrationis mentio. Quod ut probare religio est, ita refellere operæ non videtur.

(4) Vid. Scaccia t. *de Judic.* 38. *n.* 7. et *seqq.* Diss. Fr. Curt. *ad Leg. un. Cod. hoc tit. n.* 8. Speciale esse in caussa appellationis statuens, et inde a contrario arguens.

appellatione pendente innovari oportet quam ante. Idem præterea receptum est, cum possessor rei immobilis condemnatus ab executione appellat. Nam si recipitur ejus appellatio, placet idem hic servari quod in re mobili petita; ut quemadmodum res mobilis sequestratur, sic in re immobili sequestrentur fructus, *d. L. ab executione. C. quor. appell. non recip.* et *C.* 2. et 3. *Extr. d. tit.* Postremo idem jus receptum est in hac specie, cum coloni qui antea agrum possidebant ut coloni, postea cœperunt possidere ut domini. Nam hic si dominus agrum suum vindicet, placet veteri ejus possessori hoc tribui ut, dum caussa disceptatur, fructus deponantur, *L. litibus, C. de agric. et cens. lib.* XI. Præter has caussas sequestrationis nullas præterea legimus in jure nostro, nisi hæc advoces quæ a Paulo *lib.* 5. *sentent. C. pen.* scripta reperiuntur. Nam ad sequestrationem nihil pertinet species, *L.* 1. *§. jubet,* et *§. seq. D. de collat. bon.* ubi filius emancipatus, cum fratribus qui in potestate fuerunt ad successionem veniens, jubetur bona sua fratribus conferre, aut de conferendis idonee cavere vel fidejussoribus datis vel pignoribus: ni ita caveat, curator iis bonis constituitur. Nihil, inquam, hoc exemplum ad sequestrationem; nam curator non est sequester; curator constituitur bonis de quibus controversia non est; non deponitur apud sequestrem nisi res de qua controversia est, *L. sequester, D. de verb. signific.* Non debet etiam ad sequestrationem referri species, *L. si cum dotem, §. sin autem, vers. sin vero. D. sol. matrim.* ubi maritus uxorem, si furiosa est, alere jubetur; nisi alat, bona mariti sequestrantur ut alatur ex fructibus. Illic sequestrari improprie dictum est. Nam nec in ea specie de bonis mariti ulla controversia est. Jam autem dixi sequestrationem non cadere nisi in rem controversam.

VIII. Jure Canonico etiam possessio sequestratur, ut in interdicto uti possidetis, *C. examinata,* 15. *Extr. de judic. C.* 7. *Ex. de conf. util. vel inutil.*

IX. Ex his intelligi potest in sequestratione non esse obligationem, seu sequestrationem ex obligatione non peti: multo minus nasci ex contractu. Sed quæstio omnis de sequestratione pertinet ad ordinem judiciorum, seu ad rationem juris nostri obtinendi. Nam cum res aliqua judicio petitor, quæritur, ut initio dixi, an necesse habeat reus postulante actore rem petitam sequestrare. Dicimus necesse non habere: refragari enim et naturæ æquitatem et judiciorum ordinem, qui præscribit prius debitorem convinci oportere, quam ad solutionem aut alicujus rei præstationem urgeatur. Unde etiam intelligitur, quam non idoneo loco hæc quæstio et constitutio in C. Justiniani interposita sit; et quam contra opportuno et suo locata sit a Pontificibus *libro* 11. *decretal.* ubi de judiciis et eorum forma atque ordine pleraque explicantur.

## C A P. V.

**De caussæ cognitione. Quid sit caussam cognoscere; quæ plena, quæ summaria cognitio.**

*Judicis munus caussam cognoscere. Hoc quid sit.* I.

*Cognitio caussæ aut plena, aut summaria, ut vocant: posterior hæc qualis; de ea quo in loco.* II.

*In justo et vero judicio non admittitur.* III.

*Plena cognitio quæ actoris et rei sunt plene omnia discutit, et intra legitima tempora.* IV.

*Quæ ad intentionem actoris et rei defensionem pertineant.* V.

*Quæ forma atque ordo ea cognoscendi quæ actoris et rei sunt.* VI.

*Plena et justa habetur interdum cognitio in qua nihil probatum, et rei allegatio repudiata, et quomodo.* VII.

*Allegatio sive exceptio qua reus ipso jure liberatur, et probata actoris intentione admittitur, et si ille primo inficiatione est usus.* VIII.

*Aditus ad Cap. seq.* IX.

I. Jam de iis quæ proprie attingunt officium judicis, ut fert judicii ordo, dicatur: cognitionem dico et judicationem. In quibus prima est caussæ cognitio: ac quid sit caussam cognoscere et quibus rebus constet hæc cognitio, videamus. Caussam cognoscere est cognoscere, qualis sit caussa quæ in judicio versatur: et quod dicit Constantinus in *L. judices, C. de jud.* discutere et cognoscere rei, idest caussæ qualitatem. Puta, (1) verum sit an falsum quod dicitur, justum an injustum, æquum an iniquum quod petitur. Cognoscitur autem caussa ex iis quæ pro caussa dicuntur probanturque a litigatoribus. Itaque cum jubentur judices caussam cognoscere, hoc jubentur inquirere in rem, et litigatores de re dicentes et probantes audire, et quæ ad probationem sunt, expendere: ut ex inquisitione cognitio quæ sequitur, ex cognitione contra inquisitio quæ præcedit intelligatur. De hac inquisitione et cognitione cautum ita est a Constantino in *d. L.* judices: *Judicis*, inquit, *oportet imprimis rei qualitatem plena inquisitione discutere, et tunc utramque partem sæpius interrogare nunquid novi addere desiderent.* Plenam inquisitionem exigit, ut Pontifex plenam justitiam, *C. qualiter, Extr. de judic.*

II. Opponitur plena (2) summæ. Summatim cognoscere dicitur judex aut magistratus, cum re aliqua a petitore allata quæ vel leviter pro eo faciat, ei concedit quod petit, interim contempto eo quod contra affertur a reo, si videatur habere obscuriorem quæstionem. Qualis est, exempli gratia, ea cognitio quæ pro impubere recipitur bonorum possessionem petente ex Carboniano edicto; de qua in *L. 3. §. caussæ, D. de Carb. ed.* Hæc neque admittitur in omnibus

(1) Caussæ cognitio in duobus, ut negotii veritatem et justitiam examinet, *L. 3. de in integr. restit.* Quorum prius ad factum solum, posterius ad jus refertur, Anton. Fab. *ad L. 6. §. 2. de negot. gest.* add. Sarmient. 1. *Select. Interpretat.* 13. *n.* Rad. Forner. 1. *Rer. Quotid.* 19. Etsi Wesenbec. *in L. 9. Cod. de judic. n.* 2 plenam inquisitionem, quæ *d. L.* 9. in tribus constituat: ordinis judicii observatione, justis dilationibus dandis, et idoneis probationibus admittendis; ubi tamen quod præcipuum est omitti videtur, matura nempe ab utraque parte propositorum et meritorum caussæ discussio ac examinatio. Vocatur et disquisitio, Cicer. 1. *Philipp.* et examen ac disceptatio, Pollet. *Lib.* 3. *Hist. fori Cap.* 1. *pag.* 202. *et Cap.* 3. *p.* 322. add. *h. C. N.* 3.

(2) Collibitum foret caussam summarii judicii ac compendiariæ cognitionis non summatim pertractare, sed hic modus libri ac instituti non fert. Potiora differens, remitto ad Menoch. 1. *Arb. Q.* 18. *et Remed.* 4. *Adipisc. possess. n.* 470. *et seqq.* Hottoman. 2. *Obs.* 4. *et seqq.* Forcat. *Dial.* 80. Lanc. Conrad. *de Offic. Prætor. in causs. civil. v. Summaria cognitio.* Sig. Scaccia 1. *de judic.* 53. Langlæ. 2. *Semestr.* 1. *pag.* 96 Octav. Vestrius *Pract. aulæ Rom. Lib.* 5. *Cap.* 1. *et seqq.* Damhuder. *Prax. civil. Cap.* 22. *et* 2. *seqq.* Maranta *P.* 4. *Dist. judic.* 8. Joan. de Arnono *Pract. Cap.* 6. Frider. 2. *de Mandat. judic.* 75. Coler. *de Process. P.* 3. *Cap.* 5. Contard. *in L. diffamari Cap.* 4. *n* 2. *et seqq.* Zanger. *de Except. P.* 1. *Cap.* 1. *n.* 18. Myns. 3. *Obs.* 70. *et* 6. *Obs.* 16. Cacheran. *Decis.* 1. *et seqq.* Jacob. Schult. *Obs. forens.* 3. qui 150. caussas percenset.

caussis; et sicubi admittitur, recepta est utilitate rerum ita suadente, hac conditione ut decretum quod inde secutum erit, prosit ad tempus duntaxat, sitque ejusmodi adversus quod alio justo et pleniore judicio agi possit, sic ut prius illud decretum veritati non præjudicet. De quo genere quia scripsi diligentius, ut in loco, ad §. *si verum*, *L. a Divo*, *D. de re jud.* plura hic nun dieam, contentus locum indicare unde peti possit quod huc facere videbitur.

III. Illud de hac cognitione recte in universum hoc loco præcipietur, in judicio quod quidem vere judicium sit, id est quo id agatur ut sententia judicis ab omni controversia discedatur (sic enim proprie dicitur judicium et res judicata, cum pronunciatione judicis imponitur finis controversiæ, *L. 1. D. de re jud.*) in vero, inquam, et justo judicio ei cognitioni quam dixi locum non esse. Sic enim constitutionis verba sunt ***Judices oportet rei qualitatem plena inquisitione discutere.*** Ubi non dubium est judices intelligi debere eos qui vere judices sunt, id est quorum judicium exspectetur de re controversa ad litem dirimendam. De quo judicii genere nunc agimus.

IV. Igitur in eo, uti plenum et justum judicium est, sic adhibebitur plena et justa inquisitio seu cognitio. Si breviter dicendum est, plena tum est et justa cognitio seu inquisitio, cum quæ ad rem utriusque partis, id est ad intentionem actoris et defensionem rei pertinent, quæ quidem a litigatoribus afferantur, quæque judicii natura non repudiet, eorum nihil prætermittit quin (3) audiat cognoscatve intra tempora ad agendum caussam constituta, et simul rerum omnium sine quibus ad hæc cognoscenda perveniri non potest. facit potestatem: frustra enim jubetur consequentia admittere, nisi antecedentia concedit.

V. Juris autem ratio dictat pertinere ad intentionem actoris probare quod intenditur, si negetur ab adversario: tum quæ contra dicuntur refellere, ut quæ ad fidem allata sunt rata maneant. Sic enim jus est, actore non probante reum absolvi, *L. qui accusare*, *C. de eden.* Ad defensionem vero rei hæc omnia pertinent. Primum, ut dicat secundo loco post actorem. Non est enim defensio nisi adversus ea quæ objiciuntur. Deinde illud quæ ab actore objecta sunt diluere; instrumenta aut testimonia, quæ contra afferantur refutare, si improbanda videantur. Illud præterea, cum quæ contra vere intentantur confessus fuerit, reos referre ex adverso et allegare quod ad liberationem ejus pertinet. Ut si pecuniam mutuam quæ petitur, convincatur accepisse, necesse sit, si absolvi velit, hoc eum dicere, pecuniam esse solutam aut accepto latam; aut se aliter quam ipso jure vel per exceptionem liberatum. Quæ duo posteriora si ad defensionem rei valent, necesse est illud quoque pertineat, ea quæ ab actore prius dicta pro caussa et probata sunt, ante omnia cognoscere: quandoquidem neque ea refelli a nobis possunt quæ qualia sint ignoramus, neque his incognitis, statuere utrum sit quod adversus intentionem, tanquam satis confirmatam, aliquid allegemus: an vero putemus nihil nobis obstare ea quæ contra nos dicta sunt, tanquam nihil firmi habentia, eoque velimus ex his judicium fieri. Postremo, quoniam ne a reo quidem quidquam dici convenit quod ab eo non probetur, est ejus probare id quod allegat, si negetur; et si quid contra dicatur, refutare hoc quoque et tueri intentionem. Quæ si reo liceat adversus intentionem actoris quæ non negetur, eadem et actori permittenda sunt adversus exceptionem et allegationem quamlibet quæ a reo opponatur; quoniam reus in exceptione actor est, *L. 1. D. de exc.*

VI. Hæc cum ita sint, si de officio judicis in caussa cognoscenda quæritur, et res recte atque ordine gerenda est, nempe is in ea re ita se geret, atque hunc ordinem et formam servabit. Actorem, cui negabitur quod intendit, per se dicentem audiet (actorem cum dico, quemlibet etiam patronum intelligo): instrumenta, si quæ ab eo proferentur, inspiciet: si qui testes idonei producentur, eos interrogabit eorumque cognoscet testimonia. Et sunt quidem in his evocandis interrogandisque quædam quæ proprie judicem observare oporteat. Sed de his postea opportunius suo loco. Hoc peracto,

(3) Judicis ut sit mature omnia expendere, vid. Vivius *Lib.* 2. *Decis.* 375. nec præcipiti festinatione ad sententiam venire. Qua de re adi Menoch. 1. *Arb. Q.* 19. *et Q.* 42. Sich. et Wesenb. *ad L.* 9. *C. de judic.* Bover. *Sing.* 21. Stiatic. *Obs. Cap.* 22. Confer Rævar. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 7. Cæterum hic cum primis artis est pervestigare statum controversiæ, et si plures incidant, primarium dignoscere, vid. Anton. Massa. Gales. *Praxi judiciali pag.* 50. *et sequent.* Hujus neglectu, et si non principaliter attendatur, varios judiciorum abusus promanare, valde conqueritur Nic. Vigel. *Lib. de Litis contestat.* et alibi passim.

tum ad reum veniet; cui dabit respondendi ac pro se dicendi locum. Et quoniam, ut id recte faciat in eo positum est, si eo quæ ab actore objiciuntur, probantur, cognovit, sine quo adversus ea comparare se non potest; ante omnia huic jubebit judex eorum fieri copiam, facietque ei contra ea quæ objecta sunt, contra instrumenta, contra testimonia, potestatem (4) dicendi quæ velit. Quod ita faciendum esse etiam intelligimus ex *Novella* **90.** *de testi.* **§.** *quia vero, vers. cæterum*, tum ex his quæ de refellendis testimoniis infra disseruimus sub titulo de testibus. Hoc ea lege ut, si quid aversus ea a reo dictum erit, judex faciat actori suo ordine ea tuendi propugnandique potestatem, alioqui non fiet ei potestas sua probandi. Non enim probavit sua, nisi qui ea quæ contra dicuntur, refutavit. Rogabit deinde judex reum nunquid habeat quod contra intentionem alleget apponatque adversario, ut jubet *L. judices*; cujusmodi est, pecuniam solutam esse et similia. Quod si dicet se facere velle, admittet hic quoque ejus allegationes; et si de his erit controversia, potestate eas probandi facta, probantem audiet. Quo facto, rursum ad actorem se convertet, et quæ cum reo præstare debere diximus adversus ea quæ pro intentione ab actore probata sunt et acta in judicio, eadem actori adversus exceptionem rei servabit omnia. Copia eorum quæ ad lidem exceptionis allata sunt facta, interrogabit actorem nunquid sit quod ille contra probationem rei afferat; nunquid etiam quod de exceptione confessus erit alleget, quo se adversus exceptionem tueatur: fieri enim potest ut fateatur actor pactum se esse cum reo ne ab eo peteret, sed dicat se id fecisse coactum metu aut adversarii dolo inductum. Quod de exceptione pacti dico, idem multo magis de solutione, acceptilatione, novatione qua reus se tuetur, intelligendum est. Hæc inquam ordine pro se dicentes et caussam agentes reus judex audiet. Qui si potestate dicendi probandique sibi concessa utentur, et judex omnia recipiet et cognoscet quæ ab his afferentur ad caussam, id eo usque faciet donec ambo ultro (5) dicant se nihil adjicere velle amplius; nemo dubitabit quin hæc demum justa sit et plena cognitio.

VII. Sed non eo minus interdum justa et plena habenda est, etsi de re nihil probatum erit, aut judex repudiaverit rei allegationem. Jubetur is rei qualitatem cognoscere ex his quæ isto, quem dixi, ordine dicta, probata erunt a litigatoribus; sed iis conditionibus quas supra, in definienda plena cognitione breviter sum complexus: si etiam illi videlicet se habere aliquid dicant quod offerant, si eorum allegatio sit

(4) Ubi de modo proponendi jus litigatorum judicio dici posset, veluti quod in foro Saxonico viva voce proceditur, *vom Munde in die Feder*, vid. *Novell. Electoral.* 1. *et* 18. *P.* 1. ubi Molter. Jacob. Schutt. *Obs. forens.* 1. *et* 41. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis* 11. ubi hunc modum partium conventione mutari posse negat. De Recessibus, vid. Ott. Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 108. *et seq.* Et hoc quoque de Positionum ac Articulorum usu qui jure ignotas. vid. *supra Lib.* 23. *C.* 7. *N.* 10. ideoque a Donello omissus, consuetudine inventus, tractandi locus non incommodus foret. Cæterum remitto ad Menoch. *Arb. C.* 251. *et* 485. Sig. Scaccia *Lib.* 1. de *Jud. C.* 60. *et Lib.* 2. *C.* 7. Lanc. Conrad. *de offic. Prætor. in causs. civil.* v. *Positio et* v. *Capitulum.* Damhuder. *Praxi civil. C.* 252. *et sequentib.* Octav. Vestr. *Lib.* 5. *Pract. aulæ Rom. C.* 14. *et seqq.* Rain. Coras. 3. *Indag.* 16. Rutant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 1. *toto.* Obrecht. *de Concip. libel. C.* 17. Del Re *de Jurament. calumn. C.* 14. *n.* 72. *et sequentib.* Moll. 1. *Semestr.* 22. Stiatic. *Obs. pract. C.* 5. Gail. 1. *Obs.* 79. *et sequentib.* Myns. 1. *Obs.* 86. 2. *Obs.* 55. *et* 90. *et* 5. *Obs.* 64. *et* 88. *ac* 6. *Obs.* 81. 89. 92. Wurmser. *Tit.* 15. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 22. Meland. *Com. Cameral. Part.* 7. *fol.* 132. *et seqq.* Natta *Tomo* 1. *Cons.* 30. *n.* 4. *sequent.* Coler. *Cons.* 40. *n.* 44. *et seqq. et* 1. *Decis.* 118. Guid. Papæ *Decis.* 182. Surd. *Decis.* 17. 22. 58. 196. *et* 291. Tessaur. *Decision.* 17 Positiones et Articuli ut differant Wendelin. Haitman. *de Testibus C.* 4. *pag.* 62. *et seqq.* Scaccia *d. C.* 6. *n.* 5. *et sequent.*

(5) Et ubi utrinque probationibus et allegationibus renunciatur, conclusum in caussa dicitur, *C. Pastoralis* 5. *de causs. possession. et proprietat.* Nec post eam novæ probationes admittuntur. Qua de re conclusionis caussæ necessitatæ, jure et effectibus, consule Menoch. 1. *Arb. Q.* 35. et 2. *Arb. C.* 51. *ac* 2. *Præsumpt.* 65. *et sequent.* Sigismundus Scaccia 2. *de Jud.* 12. Anton. Sola *in Constitutiones antiq. Sabaud. rubr. de Conclus. in caussa.* Asin. *Praxi civil. Cap.* 191. Gravat. *Annotat. ad Pract. Vestrii Lib.* 4. *Cap.* 4. *lit. G.* Monach. *Pract. judic. Part.* 13. Borer. *Sing.* 66. Stiatic. *Obs. C.* 22. Gail. 1. *Observ.* 107. Myns. 3. *Obs.* 17. Hartm. *Obs. Tit.* 17. Wesenb. *ad Auth. jubemus C. de judic.* Rutant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 1. *C.* 19. *et P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 13. *et P.* 4. *Lib.* 8. *C.* 11. *etc.* Cæterum hodie in judiciis modus allegationum partibus statutus, nec triplica aut quadruplica ulterior recipitur, ut not. *supra Lib.* 22. *n.* 10. *N.* 4.

ejusmodi quam judicium admittat, si potestate dicendi probandique facta, ea utentur intra tempus constitutum. Finge interrogatum reum dicere se, aut infieiatione sola, aut sua confutatione, sine alia allegatione aut exceptione, esse contentum. Non est cur judex id expectet cui ille renunciare se dixerit, *arg. d. L. judices.*

VIII. Jam vero quædam sunt allegationes quas judicium repudiet. Omnem defensionem qua reus jure ipso sit liberatus, omne judicium admittit. Admittet et exceptionem omnem quæ initio contestata sit. Quod si non erit contestata, supra disserui, cum de litis contestatione agerem, hanc venire quidem in judicium bonæ fidei, in judicio stricto non idem. Illud dubitari potest, an recipienda sit ejus sive allegatio sive exceptio, qui primo negavit quod intendebatur, puta pecuniam mutuo datam esse: postea, re ab actore probata, ut se tueatur, dicit pecuniam a se solutam aut sibi accepto latam esse: denique allegat aliquid quod, si verum est, necesse sit eum absolvi. Perspicuum est enim eum qui id alleget, fateri pecuniam sibi mutuo datam esse, quod antea negavit. Ut fortasse quis dicturus sit hunc mendacio suo sàtis convinci, ac proinde excludi. Et indicat *L. exceptionem, Cod. de prob.* etiam tum cum actor coactus probavit intentionem suam (quod non fit, nisi tunc cum reus primo inficiatione est usus,) tamen admitti exceptionem rei adversus intentionem jure civili comparatam. Quanto magis admittemus eam allegationem, quæ reum ipso jure liberet? At enim apparet autem mentiri. Quid tum? fortasse enim tunc mentitus est, cum negavit se pecuniam accepisse, non etiam nunc cum se solvisse dicit. Quod an verum sit, probatio ejus declarabit. Sane si verum est ipsum solvisse, non debet mendacium (6) efficere ut damnetur qui non debuit. Nec vero satis argumenti est reum non solvisse, eo quod primo inficiari maluit quam de mutuo confessus solutionem objicere. Fieri enim potest, ut ideo non objecerit, vel quod actorem improbe petentem quod solutum erat, dignum putarit cui inficiando negotium exhiberet: vel quod sciret, solutione opposita, sibi necessitatem imponi ejus probandæ: metueret autem ne non eam posset probare. Itaque tutius putavit inficiatione insistere, ubi intelligeret (7) onus probandi conferri in adversarium, *L. 1. Cod. de prob.*

IX. Postremo, quod dicitur judicem audire et cognoscere debere quæ a litigatoribus ad caussam afferuntur, non sic dicitur ut, si differant ea dicere et afferre, perpetuo audiri debeant; alioqui, alterutro rem differente ut libet, nunquam alter ad jus suum perveniet, eritque omnino elusorium judicium. Tempus igitur constitutum his esse oportet, intra quod, si partibus suis fungantur, audiantur; sin minus, non sit amplius his dicendi locus, ac nihilominus res perinde haberi debeat quasi judex rem plenissime cognovisset.

(6) Aliquando tamen hæc mendacii pœna, vid. *supra Lib.* 22. *C.* 8. *N.* 1. vers. *plane* fuse Pacian. *Lib.* 1. *de Probat. C.* 16. Et in terminis diss. Cujac. in *Novell.* 18. *Parte* 5.

(7) Confer *d. Lib.* 12. *C.* 8. *N.* 1. et Jac. Schult *Obs. forens.* 45.

## CAP. VI.

### De dilationibus, et ad hunc *tit. D.* et *C.*



I. De hoc tempore videndum est sitne aliquod jure in hac re constitutum, et quod sit; sin minus, et a judice id dandum est: quæ sit in eo dandi genere potestas et officium judicis. Et est una in re certum constitutum a Justiniano, quod quidem pertineat ad Id de quo nunc agimus: nempe in hac, cum una parte allegationibus suis renunciante, altera dicit se habere quod adjiciat. Qua in specie Justiniano placuit ei qui id diceret, unum mensem ad eam rem dari; hoc exacto, interrogari eum a judice, nunquid proponat. Si cesset, vult Justinianus alterum mensem indulgeri. Si ne sic quidem intra hunc mensem quicquam litigator proponat, jubet ille mensem adjici tertium. Hoc Justinianus in *Novel.* 115. *ut cum de app.* §. 1. *unde Auth. jubemus, C. de jud.* In quo observandum est eum certam dilationem dare sine ulla caussæ cognitione. Non enim vult interrogari reum quid alleget; utrum id quod ille fecerit et de quo possit statim respondere, an quod fecerit alius: ut pro conditione rei, judex aut jubeat eum allegationes suas exponere statim, aut tempus quod satis sit, ad eam rem præstituat: animadvertendum et illud, quod non omnibus qui aliquid allegare velint, hoc tempus tribuit Justinianus, sed ei qui id faciat, jam prope confecta lite; nempe tum cum adversarius testatus fuerit se nihil amplius adjicere. Quod qua ratione ab eo constitutum sit, cum necesse sit plerumque non necessariam esse dilationem, mihi parum liquet. Declarat tamen Justinianus se superius illud constituere, improbitatis litigatoris pervincendæ caussa, et simul hoc velle ut, tribus illis mensibus exactis, judex omnimodo sententiam ferat. Quod si ita accipiemus ut velit post Id tempus, etiam absente litigatore, sententiam ferri posse, dicemus non temere tempus superius dari; sed esse ejusmodi quod, non tam dilationis vim habeat, quam pro legitimis edictis quibus quis evocari solet, ut vel litigatore absente sententia ferri possit, cedat. Sed sive recte illud constitutum est a Justiniano, sive ejus constitutionis ratio parum nobis est cognita, certe una ea in re quæ quidem ad agendam caussam pertineat, certum tempus Justinianus dedit.

II. In cæteris omnibus ejus generis jus vetus mansit ut, sive dilatio petatur earum rerum caussa quas quis allegare velit ante quam altera pars renunciarit allegationibus suis, sive petatur probationum gratia, ut testium, vel instrumentorum; in his res omnis committatur æstimationi et moderationi judicis: scilicet, pro ut res quæque esse videbitur, ita ille ad rem gerendam (1) aut det aut deneget dilationem. Et recte ita jus de

(1) Prolixus hic forem, in brevitate licet solita, rerum numerositate, si quos consigna-

his rebus constitutum est. Cum enim caussæ sint ut numero infinitæ; ita varietate factorum et probationum genere longe dissimiles, in quibus res quædam minorem dilationem desiderent, aliæ ne desiderent quidem: absurdum sit omnino in rebus tam disparibus eandem dilationem omnibus præstituere litigatoribus. Sed res, ut dixi, ita judici commissa: sed non ut ei liberum de ea re statuendi arbitrium concedatur, sed ut jubeatur pro conditione rei dilationem dare (2) caussa cognita, *L. oratione, D. de dilat. L. 1. L. a procedente, C. eod.* Quo constituto, quæsitum est in eo de potestate et officio judicis. Sunt autem hæc fere de eo quæ quærantur: an postulanti semper dilatio danda quantam conveniat dari: Semel data, an sæpius postulari possit: Quæ datur, quo loco danda sit. Postremo in dilatione plurium dierum quos dies numerari oporteat. De quibus quid fieri placeat consideremus.

III. Et si de danda ab initio dilatione agitur, primum hoc statuatur nunquam esse dandam, nisi necessitas rei gerendæ hoc exigat ut detur, *L. 1. C. eod.* Quid enim, si interrogetur quis de facto aut contractu suo? Non tam iniquum quam stultum sit dilationem ad respondendum dare ei qui statim et liquido possit respondere. Quod si necessaria erit ad rem gerendam dilatio, ut si fingas de facto alieno nos interrogari, in facto nostro testibus vel instrumentis ad fidem opus esse; ita plane semper dabitur, nisi quid nominatim jus prohibeat, *d. L. 1.*

IV. Ac duabus in caussis etiam necessariam postulanti dilationem denegari jure animadverto. Una est caussa, cum quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportavit. Sic enim verba sunt Constantini in *L. si quando.* C. eod. *Si quando quis rescriptum ad extraordinarium judicem reportaverit, dilatio ei penitus deneganda est.* Quod sic interpretandum est ut, si quis defugiendæ jurisdictionis caussa, cui jure communi subiectus erat, rescriptum impetraverit a principe quo sibi liceret revocare ad alium judicem, non audiatur in jure, si rescriptum objiciens, id statim non edat; quantumvis id se alibi habere dicat et dilationem postulet ad id proferendum, quia dilatio ad eam rem denegetur. Hoc ideo quia merito ei objici potest cur, si habebat rescriptum ejusmodi aliquod quale dicit, id secum non attulerit eo tempore quo primum de eo rescripto sibi controversiam fore intelligeret; cum et posset id afferre et vero deberet, si adversarium nollet frustrari: quæ culpa eo minus adjuvanda est, quia admittatur in ea re quæ contra jus postuletur. Cum in hac culpa caussam denegandæ istius dilationis Constantinus esse intelligeret, ita subjecit: *Illi autem qui in judicium vocatur, danda est ad improbanda precum mendacia, vel proferenda aliqua in-*

tos habeo auctores (non alios autem habeo nisi quos evolvi) ex iis quæ ad hanc materiam declarandam faciunt, referre vellem. Id libri modus cum non patiatur, locos auctorum indicabo. Plurium sane, verum non alia ratione quam ut commodis diversorum lectorum inserviam, ut cui aliqui, cen fit, non suppetunt, ad alios recurrat. Ex professo juxta jus antiquum Pollet. 4. *Hist. fori* 15. Duar. *Com. ad h. t.* Juxta hodiernum fori usum, Rebuff. *Tomo* 3. *in Constit. Reg. Tr. de Dilationib.* Sich. *ad Rubr. et LL. C. h. t.* Gilken. *ad eandem rubr.* ut et Wes. sed pressius Daubuder. *Prax. civ. Cap.* 14. *et seqq.* (alios Practicorum auctores prætereo) Lanc Conrad. *de Off. præt. in causs. civ. v. dilatio:* sed hic minus plene; exactius et plenius Sig. Scaccia 2. *de judic.* 3. *et* 4. Præter hos sparsim Menoch. *Arb. C.* 52. *et Recup. possess. Reme l.* 15. *n.* 323. *et seqq.* Mathesilan. *Sing.* 17. et idem *ad L.* 2. *Cod. Quom. et quand. judex,* Bover. *Singul.* 10. Corset. *Sing.* 78. Vasq. 2. *Cont. usu freq.* 27. Tiraq. *Tr. Cessante caussa P.* 1. *n.* 76. *et seqq.* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. §. 10. Trentac. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Dilationibus* (non enim materiam methodice pertractat.) Lancell. *de Attent. P.* 2. *C.* 7. Rolant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 7. *et seqq. et C.* 28. Magon. *Cynosuræ advocat. P.* 2. *C.* 10. Jacob. Omphal. *Lib* 5. *de Usurpat. legum C.* 4. Vant. *Tit. de Nullit. ex defect. jurisd. n.* 157. *et seqq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 6. *n.* 113. *et seqq. et Cap.* 8. Asin. *locis mox citatis lit. B.* Wendelin. Hailman. *de Testib. C.* 3. *p.* 43. *et seqq.* Stintic. *Observ. pract. Cap.* 7. Gail. 1. *Observ.* 91. Myns. 1. *Obs.* 71. *et seq.* Hart. Hartm. *Lib.* 2. *Obs. Tit.* 12. Afflict. *Decis.* 50. Boer. *Decis.* 294. Peguera *Decis.* 160. *et* 180. Henning. Goden. *Cons.* 44. Rauch. *P.* 2. *Q.* 24. *n.* 35. *et seq.* Gravat. *ad Vestr. Pract. Lib.* 5. *C.* 4. *littera B.* Et ad usum fori Saxonici, vid. *Vov. Elect.* 16. *P.* 1. ibi Moller. *auctores Diff. jur. civ. et Sax. P.* 1. *Diff.* 6. *et Diff.* 85. *et seqq.* Coler. *Dec.* 121. Jac. Schult. *Obser. forens.* 28.

(2) Vid. Gilken. *ad Rubr. C. hoc. tit. n.* 4. *et seqq.* ubi quæ in hac cognitione versentur, Sich. *ad L.* 1. *C. h. t.* et alii. Nec facile concedendæ dilationes ex officio judicis, nisi partes petant, per *L.* 1. verbis *postulatum dari C. h. t. L.* 2. *C. Ut intra cert. tempus.* vid. Joan. Bapt. Asin. *de Execut.* §. 3. *C.* 12. *ic Cap.* 169. *et seqq. et C.* 175. *ac seq. et C.* 213.

*strumenta vel testes: quoniam instructus esse non potuit qui præter spem in alienum judicium trahitur.* Altera in specie denegatur dilatio, quanvis ad fidem necessaria, quoties videlicet intra certum tempus lege constitutum datur actio, et actor prope finem ejus temporis agens, dilationem postulat quæ tempus legitimum excedat. Constitutum et hoc a Constantino in *L. petendæ, C. de temp. in integ. restit.* Observetur autem cui ille in hac re deneget dilationem et quamobrem. Denegat actori, addita nominatim hac ratione, quia in ejus arbitrio fuerit tunc litem inferre, cum petitæ dilationis mora spacio legitimo superstite posset includi. Cui consequens fuit ut hanc postulanti reo concederet, cui nihil tale potest objici. Quod et fecit Constantinus; ait igitur: *Quod si defensor dilationis suffragium postulaverit, eandem asserta caussa citra obstaculum temporis deferri sancimus; quia nequaquam steterat in ejus potestate quando litigio pulsaretur. Dari igitur debet, etsi impetrata dimensio sese ultra temporis definitionem proferat.* Sed illud notandum est quod subjicit, etsi alias petenti actori dilatio denegetur; tamen cum in hac reus hanc impetravit, etiam actorem in requirendis probationibus illa suo jure uti posse. Sunt ista quidem a Constantino constituta de restitutione in integrum: sed cum in aliis actionibus quæ intra certum tempus dantur, sint omnia in eo de quo agitur similia, rationes plane eædem; dubitari non debet quin ad eas quoque omne jus superius pertineat.

V. Videamus jam quæ dilatio danda est, quantam esse oporteat. Et necessitas rei gerendæ modum dilationi facit. Petitur enim hac gratia dilatio, ut sit tempus intra quod rem transigere liceat. Nempe ergo tanta dabitur quanta ad rem expediendam quæ occurrit, sit satis; nihil amplius, *d. L.* 1. tantummodo ut ne dilatio tempus ad actionem movendam constitutum excedat; de quo modo dictum est. Hæc autem, quanto tempore ad rem expediendam sit opus, judici æstimandum permittitur, præterquam cum distantia locorum dilationi locum facit; quo in genere spatium certum definitum est constitutionibus, quod pro varietate locorum observetur. Exstat constitutio Imperatorum in *d. L.* 1. *C. eod.* qua cavetur, si ex ea provincia in qua agitur, vel persona vel instrumenta poscentur, non amplius quam tres menses indulgeantur. Si vero ex continentibus provinciis, sex menses. in transmarina dilatione, ut novem observentur.

VI. Sed animadvertendum puto, hoc spatium ita esse superiore lege constitutum, ut id quidem judici excedere non liceat: cæterum non esse ejusmodi quo brevius a judice statui non possit, si locorum propinquitas aliud desiderabit. Quid enim, si ex eadem provincia ita petentur testes aut instrumenta, ut tamen petantur in eadem urbe ubi agitur, aut ex finitimis locis? an tres menses dabimus ad testes producendos instrumentaque proferenda, itidem ut dantur cum ab extrema provincia eadem ista poscentur? Neque hoc æquum est, et fieri prohibet eadem constitutio, quæ in extremo vult ita tribui dilationem, si necessitas desideraverit instructionis exigerit. Quid sex menses? an istus quoque dabimus ei qui instrumenta aut testes requirat ex continenti provincia, si ea provincia non longe aberit, aut erit etiam in confinio ejus loci in quo agitur? Repugnat et hic sententia constitutionis. Itemque de transmarinis locis dicendum est, ut moderamen de quo supra dictum est, in remotissimis locis observetur; in proximis autem aut non multum remotis, non item.

VII. Quod si dilatione semel data, quæ satis esset ab initio, iterum alia postuletur, vel, quod idem est, petatur ut prorogetur dilatio; (id enim erat tertium de quo in hoc genere quæri diximus) non idem hic servatur quod tunc cum de dilatione ab initio danda agitur; alias namque sine alia nova caussa datur dilatio sæpius, quasi priores dilationes non suffecerint; alias non datur quidem sine caussa: sed in hac caussa æstimanda aliud spectamus quam necessitatem ejus prorogandæ. Principio hic separantur pecuniariæ caussæ a capitalibus ita, ut in illis sæpius dilatio sine caussa non detur, in his dari possit sæpius: de quo ita Paulus in *L. ult. D.* de fer. et dil. *In pecuniariis*, inquit, *caussis omnibus dilatio singulis caussis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo* (3) *tres dilationes, accusatori duæ dari possunt. Sed utrumque caussa cognita.* Differentiæ ratio in reis minus est obscura. Humanitas enim postulat ut in capitalibus caussis agatur mitius, propter periculum capitis videlicet quod his imminet. In actoribus est difficilior ad explicandum. Cur enim favetur etiam accusatoribus in capitali caussa, cum dici soleat res odiosas, cujusmodi est accusatio, non

(3) Plus enim merito reo indulgetur, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 12. *N.* 15.

esse adjuvandas? *L. cum quidam, D. de lib. et post.* Sed hæc caussa est, quod in accusatione publica non tam habeatur accusatoris ratio quam publicæ utilitatis. Pertinet enim ad exemplum utilitatemque publicam delicta nocentium et detegi et coerceri. *L. ita vulneratus, D. ad leg. Aquil. L. eum, qui nocentem, D. de injur* adjicit Paulus, sed utrumque caussa cognita; quod hanc sententiam habet: utrumque superius quod dixerat ita verum esse, ut tamen in eo cognoscere debeat judex qualis res et caussa sit de qua agitur, et ex eo æstimare an semper ita fieri debeat, non aliter: quod et oratione Marci Imperatoris expressum est, ut refertur in *L. oratione, D. de fer.* In capitalibus contra posse plures denegari, tam reo quam accusatori; et hoc rursum, si caussa sit cur denegentur: quam justam caussam in utroque caussarum genere incidere posse innuit. Cæterum, caussa nulla interveniente cur secus debeat fieri quam prius definiverat, in ea definitione manere oportere.

VIII. A qua tamen sciamus adulterii crimen excipi. De quo idem Paulus ita scribit in *L. in crimine, D. ad leg. Juliam* de adul. *In crimine adulterii nulla danda dilatio est: nisi ut personæ exhibeantur, aut judex qualitate negotii motus hoc caussa cognita permiserit.* Nimirum in hoc crimine non hoc tantum, sed et alia pleraque singularia pro utilitate communi recepta esse constat: argumento est inter cætera *L. transigere C. de transact.*

IX. Nunc quæ hic caussæ sint quæ, contra quam Paulus supra definierat, fieri suadeant, cognoscamus. Et cur in pecuniariis caussis iterum dilatio dari debeat, duæ sunt ut opinor, (4) caussæ. Una, si dicatur per eum cui tempus datum erat, non stetisse quominus per id tempus perageret illud cujus gratia dilatio iterum postulatur, sed aut casum aut ignorantiam ei obstitisse. Casus est, si proficiscentem ad testes quærendos vel instrumenta, aut inde redeuntem vel valetudo vel tempestas vel vis hostium latronorumve impedivit: hi casus omnes et si qui sunt similes, justam habent excusationem, *L. 2. §. si quis in judicio, D. si quis cautio, L. si quis,* in fin. et *L. seq. D. de eden.* In quo numero haberi debet is casus quem ponit Callistratus in *L. interdum, D. de judic.* si is penes quem erant instrumenta, postea Reipublicæ caussa abesse cœperit, vel eum abesset in initio, diutius abfuerit quam ut sufficeret dilatio quæ primo ad eum exspectandum data est. Obstat autem justa ignorantia successori ne dilatione data utatur, cum ea data est domino litis qui decedens rem reliquit ei qui aut quid actum esset, aut in judicio instituto, num quænam dilatio data esset ignoravit. *Illud videndum,* inquit, Ulpianus *si defunctus aliquam dilationem acceperit propter instrumenta, an successori quoque ejus dari debeat; an vero quia jam data est, amplius dari non possit. Et magis est ut hic caussa cognita dari debeat:* hoc ille in *d. L. oratione.* Caussa dandi quam intelligit, ea est ignorantia quam dixi. Quæ semper in heredibus esse existimatur, quamdiu nihil contra doceatur, *L. qui in alterius, D. de reg. jur.* Altera caussa dilationem proferri suadet ex persona litigantium; quam et ipsam posuit Callistratus eodem loco, id est in *L. interdum, D. de jud.* Ait interdum ex certis personis sustineri cognitiones: et id explicans ex rescripto quodam divorum fratrum, verba hæc rescripti subjicit: *Humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi:* veluti cum pater litigator filium

(4) Non nisi urgentissima ratio flagitaverit *L. 1. in fin. C. h. t.* Hinc tradunt dilationem probatoriam omnem peremptoriam esse, etsi in assignatione non adjecta verba *et peremptorie* Petr. de Ravenna *Sing.* 131. Gail. 1. *Obs.* 91. *n.* 2. Scaccia fuse 2. *de jud.* 3. *n.* 21. *et seqq.* Enimvero ut status nostrorum judiciorum se habet, non injuria conqueritur Vigel. *Paradox.* 9. *post Dialect. juris,* et Obrecht. *de juram. cal. C.* 10. *n.* 34. hoc pragmaticis hodie paradoxon esse, cum sæpe 20. et plures dilationes dari soleant, non tantum ad probandum, sed et ad excipiendum. replicandum etc. idque ex caussis levissimis. Unde juste de protelatione litium querelæ. Cui quibus modis occurri possit A. Fab. *Lib.* 9. *C.* *sui t.* 22. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *toto* sed et dilationum materiam amputandam esse censet, Scaccia *d. C.* 3. *n.* 49. Gail. *d. Obs.* 91. *n.* 2. Etsi non convenire videantur quæ ead. *Obs. n* 7. ubi nunquam se meminisse scribit, 2. vel 3. dilationem in Camera negatam fuisse. Nec plures solum dilationes receptæ, sed et earundem prorogationes. Quæ tamen ante lapsum terminum peti debent, vid. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 14. *n.* 9. *et seqq.* Licet in ultimo momento prioris temporis prorogatio fieri possit, ut ante lapsum illius facta dicatur, Tiraq. *de Retr. Convent.* §. 1. *Gl.* 7. *n.* 41. etsi id in tempus noctis incidat, *ibid. n.* 41.

vel filiam, vel uxor virum, vel filius parentem (5) amisit. In quo Imperatorem arbitror justi doloris rationem habuisse, qui quominus de rebus nostris serio cogitare possimus, obesse censuerit. Ut si exemplum ad certam præceptionem conferatur, intelligatur Callistratus hoc dicere etiam tum cum nulla naturæ necessitas cogit rem differri, tamen humanitatis caussa ex persona litigatorum sustinendas esse cognitiones, quoties dilatione data, justus dolor postea incidens non patiatur eos animo sedato de caussa cogitare. In quo erit judicis eo usque differre cognitionem, donec videbitur dolor remitti posse. Puto autem solam hanc caussam non sufficere, ut detur dilatio in ea re in qua per rerum naturam non sit dilatio necessaria: quid enim obstet litigatori quominus dicat aut respondeat quod dicere et respondere potest in præsentia? Dicendum est igitur huic solum tunc locum esse, cum res natura dilationem postulat; ita ut huic quoque necessitati superior casus adjungatur. Unde eveniet ut hic casus accedens facere dicatur, non ut simpliciter detur dilatio, sed ut quæ dari debuit, detur amplior.

X. Has caussas postulandæ iterum dilationis certum est ab eo afferri, qui dilationem postulet: quo fit ut, cum dicet in eo ita aut ita rem se habere, id quoque probare debeat juxta regulam juris, *L. 2. D. de prob.*

XI. Cur vero in capitalibus caussis plures dilationes non dentur, una caussa est, si dicatur ejus qui plures postulet culpa factum esse quominus, intra præfinitum tempus quod satis erat, rem perfecerit. Sic enim statuendum est, omnium caussarum tam capitalium quam pecuniariarum commune hoc esse debere, ut qui dilationem in his iterum postulat non audiatur, si per eum steterit quominus constituto tempore quod satis esset uteretur: scilicet ut ubique ei negligentia aut etiam contumacia sua noceat. Cur enim impune illuserit judici, aut cur ejus factum noceat adversario? quorum utrumque ut iniquum leges repudiant, *L. si prætor, D. de jud. L. factum, D. de reg. jur.* Sed hoc interest, quod in capitalibus caussis, ut reus vel accusator plures dilationes impetret, nihil caussæ affert de qua dubitetur. Quapropter nec ullum onus probandi in eo sustinet. Solus est adversarius qui culpam ei objicit, ne iterum dilationem accipiat. Hanc culpam cum dicat intervenisse, ipse est qui probare debeat. Quod utrumque in pecuniariis caussis contra se habere diximus.

XII. Illud quod erat quartum ex iis quæ dicta sunt, sua sponte intelligitur; cum enim certi juris sit, quæcunque desiderant caussæ cognitionem, ea nisi pro tribunali expediri non posse, *L. 3. §. si caussa, D. de bon. poss.* perspicuum est dilationem omnem quæ caussa cognita danda est, non de plano loco neque a procedente judice recte dari, sed pro tribunali duntaxat: quod et cautum est in *L. a procedente, C. de dilat.* adjecta nominatim superiore ratione cur alibi dari non debeat.

XIII. Sed, cum hæc judicem diceamus præstare oportere; quid fiet, si contra quam ille jubetur, aut dilationem denegabit ubi ea opus est, aut dabit ubi non est opus? Item, si eo loco horum alterutrum faciet ubi non oportet? non temere est, quod in hoc loco quærendum putemus. Non enim sic ista exiguntur, ut si judex contra fecerit, sit impune; alioqui frustra exigerentur; atque etiam quod jus de his constitutum est jus non erit. Rursum, si remedium quærimus, non facile occurrit quomodo jure adversus hanc injuriam litigatoribus consulatur. Primum nullam hic pœnam adversus eum qui contra faciat, proprie constitutam esse videmus. Tum autem quæ ordinaria remedia sunt ad injuriam judicis prohibendam, ea nos hic deficiunt. Sententiam judicis injustam, si contra leges nominatim lata sit, ipso jure nullius momenti esse dicimus; ex quo evenit ut ei, remota etiam appellatione, impune non pareatur: si ea aperte contra leges lata non sit, valet illa quidem ipso jure; sed ita ut ab ea possit appellari, quo iniquitas sententiæ a superiore judice corrigatur. Nihil horum valet adversus interlocutionem judicis de dilatione danda aut deneganda. Etenim si contra jus nominatim dilationem dederit judex aut denegaverit (finge dedisse sex aut novem menses nominatim ad quærendos testes aut instrumenta quæ sunt in eadem provincia; aut in capitali caussa reo denegavisse plures dilationes, cum ita diceret, cum sit reus improbus et capitalis caussa, ideo se illi plures denegare), nihil hic proficiemus, si dixerimus id jure pro non dicto haberi: nihilominus enim judex quod dixit, invitis omnibus, exsequi potest; cujus est in potestate perseverare in injuria quam

(5) Aut si horum aliquis in graviorem morbum delapsus, cujus curationem negligere periculosum. Qua de re scite Jan. Langlæ. 1. *Semestr.* 2. *P.* 18. *et seq.*

facere cœperit, vel quæstionem statim dirimendo ubi dilationem denegavit, vel cognitionem sustinendo, ubi dilationem dedit. Si in dilatione danda denegandave nihil aperte contra jus fecit, sed tantum contra jus litigatoris, posset hæc injuria appellatione corrigi; si quidem ab ea interlocutione appellaretur. Nunc autem jure Romano non est nisi adversus sententiam prodita appellatio. *L.* 2. *D. de app. rec. vel non.* adversus interlocutionem de dilatione non esse constat, *arg. L. a procedente,* in fin. *C. de dilation.* Id justis de caussis: de quo suo loco dicetur. Quid ergo fiet? Dicendum est, si judex dilationem injuste denegarit, injuriam hanc ante sententiam vitari non posse: sed post sententiam ita posse corrigi, ut si ea denegatio caussæ damnum attulit, dum per eam efficitur ut litigator intentionis suæ fidem implere non possit, jure a sententia judicis appelletur. Hoc amplius et si appellatum non erit, ordinarium in eo remedium proditum est adversus judicem qui male judicavit, ut teneatur actione in factum in tantam pecuniam, quanta judicanti æqua videbitur, *L. ult. D. de extr. cognit.* Quod si judex aut dilationem dedit ubi opus non est, aut dedit largiorem justo, facit quidem is non recte, neque ex officio; quanvis in eo nihil peccet amplius, quam quod cognitionem differat non necessario: sed tamen videtur esse impune, nisi aut per dilationem frustratoriam efficiatur ut tempus ad judicia exercenda constitutum exeat: aut damni aliquid per caussam injustæ dilationis adversarius sentiat. Veluti si inter moras res petita perierit vel corrupta sit, et ob id sententia judicis reus sit absolutus. Quorum in altero pœna nominatim constituta est in *L. properandum,* §. *sin aut utraque, C. de jud.* In altero non minus quam supra a sententia appellari potest, aut adversus judicem agi: non enim is juste judicavit.

XIV. Sane si in loco tantum dandæ dilationis peccavit judex, dum eam alibi quam pro tribunali vel dat vel denegat: aliud quiddam dici potest. Si enim dilationem denegavit procedens, quoniam in eo aperte contra jus fecit, perinde habebitur dilatio quasi nec denegata esset, *arg. L. non dubium, C. de legi.* cui consequens est ut litigatore caussam non exsequente, quanquam judex sententiam postea dixerit, ea tanquam caussa non cognita lata, nullius momenti habeatur, *L. ex stipulatione, C. de sent. et int.* ut consequens sit et illud, ad eam sententiam rescindendam, ne appellatione quidem opus esse. Quod si judex dilationem alio loco dedit, quoniam et hæc pro non data est, eveniet ut, si ab eo qui accepit dilatio contempta fuerit, possit is et aliam pro tribunali petere: quæ si ei denegetur, non aliter de ea judicandum sit quam si dilatio ab initio denegaretur.

XV. Restat ut, data dilatione, sciamus quos dies velit jus in ea numerari; de quo brevissimum est quod constituit Constantinus in *L.* 3. *C.* de dilat. *Feriæ autem,* inquit, *sive repentinæ sint, sive solennes, dilationum temporibus non excipiantur sed his* (6) *connumerentur.*

(6) Et ita terminus probatorius continuus. Nisi tot essent feriæ, quæ totam vel majorem partem dilationis absorberent, Joseph Cumia, *Practica Syndicatus C.* 13. *n.* 9. *et* 10. Joan. Monach. *Pract. judic. P.* 5. §. 1. *C.* 2. *n.* 10. *et seq.* Confer Gail. 1. *Obs.* 140. *n.* 4. *et* 2. *seqq.* Num autem dies termini computatur in terminum? Vid. hinc inde Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 1. *Gl.* 11. *n* 27. Horat. Carpan. *Statut Mediolan C.* 103. *Vol.* 3. Trentac. *Lib* 2. *Pract. Resol. h. T. Resol.* 1. Conrad. *in L. diffamari Cap* 5. *n.* 90. *et seqq.* Gœd. *ad L.* 133. *de V. S. n.* 2. (ubi pro affirmativa plures LL. adducit) P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. C.* 18. Mynss. 5. *Obs.* 15. qui negativam communem ac in Camera receptam vocat. Otto Meland. *Comm. Cameral. P.* 7. *fol.* 99. quem adi. Cæterum more Romano dies a media nocte incipit etc. *L. more* 8. *D. h. t.* Ad cujus explicationem vid. Cujac. 18. *Obs.* 32. Alciat. 10. *Parerg.* 3. Robert. 1. *Sent.* 1. Pollet. *Lib.* 1. *Hist. fori C.* 9. Leonin. 5. *Emend.* 3. Alb. Gentil. *de Diu. temp. appell. C.* 5. Gœd. *ad L.* 2. §. 1. *de V.* Confer Galeott Martius *de Doctrina promiscua C.* 37. Cornel. Vitell. *de Dierum mensiumque observatione* (*Parte* 1. *Thesauri Critici*) Fayc. Puteau. *Genial. sermon. pag.* 23. *et seqq.* Alex. Picolomin. *Lib.* 3. *Sphæræ C.* 8. Rationes varias refert Plutarch. *Problem. Roman. C.* 84. Inepte vero Nicol. Carbon. *Lib.* 3. *Practicæ C.* 4. *n.* 46. eam esse putat, quod media nocte Salvator natus sit.

## CAP. VII.

### De Feriis.

*Feriæ dilationibus affines; quatenus ab illis differant.* I.
*Ferias ad temporalium præscriptionum genus pertinere; ideoque hujus loci etiam proprias.* II.
*Has a solo principe constitui: extraordinarias esse seu temporales; et solemnes sive perpetuas.* III.
*Tempora feriarum solemnium certa esse oportere. Eorum genera quatuor et quæ sint.* IV.
*Festorum dierum feriæ quid permittant aut vetent: an valeat quod contra ea actum fuerit.* V.
*Dies principis natalitios eodem jure haberi ac festos dies.* VI.
*Ferias messium et vindemiarum, item nundinarum cessare adversus volentes: servari adversus invitos.* VII.
*Nec tamen in caussis fisci, et liberalibus, et in perituris rebus, servari messium et vindemiarum ferias.* VIII.
*Feriæ nundinarum quas caussas, et personas afficiant.* IX.

I. Ut de feriis hoc loco agerem, minus fortasse idonee, dilationum de quibus proximo capite disserui, et feriarum summa similitudo ac prope cognatio suasit: sunt enim feriæ dilationis quædam species. Per ferias enim judicia et jura omnia differuntur, *L. omnes dies, C. h. tit.* Sed dilationes proprie appellamus, dum singulæ lites differuntur, ut supra demonstratum est. Utræque eam vim habent ne, interim dum feriarum aut dilationum tempora durant, judicio agatur; sed illæ, ne ullo judicio agatur; hæ, ne agatur isto in quo concessæ dilationes sunt. Differunt autem, quod quidem ad rationem ordinis atque instituti nostri pertinet, quod dilationum usus omnis post litem contestatam esse solrat: tunc enim dilationes primum a judice litigatoribus dantur cum judicium jam est constitutum; quod fit litis contestatione. Quare de dilationibus commodissimo et maxime suo loco egimus, postquam de litis contestatione exposueramus et prima caussæ cognitione in quam vix ingressus judex dilationes concedit litigatoribus ad suum jus allegandum ac demonstrandum. Feriæ contra, ne lis ulla contestetur efficiunt; imo (1)

(1) *Sane si ad diem feriatum, ut eo veniat, quis citetur, etsi citatio emissa die non feriato quin contumax non fiat, expeditius est, L. 2. in fin. Si in jus voc. non ier.* Ac si feriæ sacræ, ipso jure non valet citatio; sin aliæ, tenetur eo die comparere citatus, sed procedi nequit nisi die sequente, Coler. *ad Cap.* 2. junct. *C. dilecti* 8. *Extra. de Except. n.* 32. Quamvis Gail. 1. *Observat.* 53. *n.* 2. distinguit ut tunc jure nulla sit, cum ipsa citatione nominatus est dies festus, exempli gratia, dominicus; secus si dies citationis in eum incidat, ubi sequenti die procedendum. Et quod sequenti die venire teneatur, tradit Boer. *Decis.* 235. *n.* 3. Quin et eo ipso die festo ut veniat juberi posse, addito ut sequente die procedatur, Rulant. *de Commissar. Parte* 1. *Lib.* 5. *C.* 3. *n.* 21. Ex usu autem apponi solet clausula si is incidat in feriatum, sequente die, Gail. *d. Obs.* 53. *n.* 2. Coler. et Aulant. *d. loc.* Ex usu omnium Curiarum Galliæ citationem talem valere, sed diem prorogari, P. Gregor. 48. *Synt.* 2. *n.* 23. Et quod a Principe citatus feriato die venire debeat, cum feriæ sint juris civilis, cui Princeps derogare possit, Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 42. Quod intellige de non inductis ipso jure divino. Plura de his pete ex Mathesilan. *ad L.* 4. *C. Quom. et quan. jud. n.* 3. *et* 5. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 274. *n.* 13. Wurmser. *Tit.* 6. *Obs.* 13. *n.* 7. Maranta *P.* 6. *Tit. de Citat. n.* 119 *et seqq.* Jo. de Arnono *Pract. C.* 16. *et seqq.* Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 66. *et seqq.* Rosbach. *Diff. jur. civ. et Canon. Lib.* 3. *Tit.* 7. *n.* 1. *et* 2. Num autem die feriato decerni possit, item num insinuari vel exsequi, minus convenit. Utrumque ceu communius, affirmat Gail. 1. *Obs.* 53. *et seqq.* quia et actus citationis extrajudicialis, et exsecutio facti sit, caussæ cognitionem non requirens. Ac quod exsequi liceat etiam die feriato in honorem Dei, Vestr. *Lib.* 4. *Pract. C* 3. *n.* 6. Sed contrariam communem vocat Gravat. *in Annot. ibid. n.* 13. vid. Tiraq. *de Retr. lignag. ad fin. tit. n.* 79. *et a seqq.* Certe quoad dies festos negativa jure verior, per tex. *L. ult.* §. 1. ibi: *cunctis exsecutionibus*, et ibi: *nulla admonitio*, et ibi: *præconis etc. C. h. t.* Quid quod nec Judæi Sabbatis aliisque festivitatibus suis in jus vocantur, *L.* 2. *L.* 13. *C. de Judic. L. ult. C. Th. h. tit. de feriis.* Photius *Nomocan Lib.* 7. *C.* 4. Nec iisdem Christianos ipsi vocant dd. *LL.* Baptista de S. Blasio *Tract. Correlativorum C.* 3. *n.* 4.

ne in jos reus vocetur, ne (2) edatur actio; quæ duo litis contestationem præcedunt: pertinentque feriæ potius ad (3) præscriptionum illud genus quibus actorem repellimus ne nobiscum agat, ut præscriptio fori ac similes.

II. Tales a tempore præscriptiones quatuor ex caussis sive generibus sumi reperio, quarum uoa est hæc de qua ounc agimus, feriarum. Aut enim convenit ne quod debetur interim peteretur: unde exceptio pacti conventi adversus agentem, exceptio, dilatio, *Instit. de excep.* differt enim judicium dummodo de ea constet nec probari opus sit, ut alibi dictum. Aut est dilatio jure constituta, pota ei qui in jus vocatus est. Hæc vero una data est omnibus ad deliberandum prios quam cogantur in jus venire aut respondere adversario, nempe viginti dies: de quo supra etiam a me expositum est, *lib.* 23. *C.* 2. Aut aliud judicium cœptum est, cujus hæc est conditio ut, eo nondum peracto, id institui non possit quod nunc intenditur. Quo pertinet etiam in jure Pontificio Titulus de ordine cognitionum post titulos de Dilationibus ac de Feriis collocatus. Aut denique eo tempore quo experiri quis vult, justitium est; id est feriæ, et a jure judicioque publico vacatio. De quibus nunc agam propter affinitatem quam supra dixi. dilationum; quaque factum est ut in Digestis unus esset de feriis et dilationibus titulus, in Codice post titulum de dilationibus continuo sobjiceretur titulus de Feriis: ut hæc tractio non fuerit temere a nobis disjungenda: quod pari ratione observavimus in Edicto de Edendo, ut monui supra *lib.* 23. *Cap.* 7.

III. Ferias, idest publicam vel a negotiis omnibus vel a litigando et judiciis (4) remissionem dies quidam habent; hi videlicet per quos sint a principe constitutæ feriæ. A principe, inquam; huic enim soli licet hodie ferias condere. præterea nemini, ne si judex quidem sit aut magistratus, (5) *L. a nullo, C. de fer.* Quibus diebus sint constitutæ vi-

(2) Quod in feriis ad honorem Dei admittit Maranta *Parte* 6. *Membr.* 3. *de Libel. n.* 19. *et* 2. *seqq.* ac ibi Foller. in aliis secus, per *L.* 11. §. 6. *ad L. Jul. de adult.* vid. Bover. *Sing.* 10. *n.* 12. Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 14. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 16.

(3) Opponi tamen potest hæc exceptio etiam post litem contestatam, Wurmser. *Tit.* 11 *Observ.* 2. Quin etsi non opposita, acta tamen nulla in feriis quæ publicam caussam habent, Wesenbec. *ad Rubr. C. h. t. n.* 40. vid. *infra Lib. X.*

(4) Quieti dies a judiciis civilibus, Cujac. *Par. D. h. t.* vel vacui ab actibus judicialibus, ut Vult. 2. *Jurispr.* 30. *n.* 40. Unde Plaut. *in Casina Prologo* Alcedonia circa forum vocat. Græci ἀπράκτους καὶ τέρψας ἡμέρας; Cujac. *de Div. temp. præscript. C.* 3. Accuratius definit; ac descriptionem Cujacii suggillat, quod regulariter solum vera sit, non perpetuo Alberic. Gentil. *de Divers. temp. appell. C. ult.* ubi vide. Dictæ a feriendis hostiis, Fest. *Lib.* 6. Wes. *Par. h. n.* 2. *et ad h. t. C. n.* 2. Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 1. Tesaur. *Decis.* 39. *n.* 11. Omnes autem dies præter feriatos juridici, *L.* 7. *pr. C. h. t.* Qui et vocantur communes, *L.* 2. *C. de statuis et imag.* judiciarii Capitolin. *in Antonino*, Pollet. 1. *Hist. fori* 9. dies sessionum, *L.* 2. §. 1. *Quis ordo in bo. poss.* Cujac. *d. C.* 3. Revard. *Protrib. C.* 1. Olim dies fasti, quibus oppositi nefasti. Quo de vid. Ovid. 1. *Fast.* Macrob. 1. *Saturn.* 16. Turneb. 30. *Adv.* 35. Coras 3. *Miscel.* 18. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *et* 9. Ant. Aug. *de LL. C.* 9. Wes. *ad h. t. C. n.* 4. Briss. 4. *Antiq.* 20. *et Lib.* 5. *Form. pag.* 416. Joach. Perion. *Lib.* 3. *de Rom. et Græc. magistra. p.* 422. Brodæ. 3. *Misc.* 17. *P.* 2. *Thes. Critici Gruteri.* In Palatio Apostolico tribus solum hebdomadæ diebus jus reddi, nempe Lunæ, Mercurii et Veneris scribit Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 197. Et jure Saxonico 3. dies, Jovis, Veneris, et Saturni vacationem habere, ex *Lib.* 2. *Art.* 66. monet Zobell. *Parte* 1. *Diff* 4. *num.* 1.

(5) Sed *d. L.* 4. quia de imperialibus feriis loquitur, et ita de honorariis, quo Donello hic 2. genus de iis. item repetinis, intelligendam volunt Pac. 1. *Enant. Q.* 82. Bus. 6. *Subc.* 15. *n.* 5. Peguera *Dec.* 53. *n.* 1. Quas ipsas tamen olim Prætores et Consules pro arbitrio potestatis indicebant, ut Macrob. 1. *Saturn.* 16. Svet. *in Claudio*, vid. Ravard. 5. *Var* 19. Perion. *d. Lib.* 3. *p.* 388. P. Greg. *Com. in Synt. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *p.* 830. Quin Wes. *Par. h. t. n.* 4. indictionem solum adimi *d. L.* 4. judicibus pedaneis et municipalibus magistratibus, non autem majoribus. Cui tamen et verba et mens ac ratio *d. L.* 4. resistunt. Plane etsi generaliter accipias *d. L.* 4. tamen ei non contraria. *L.* 4. *D. h. t. L.* 7. *pr. de off. procons.* Aliud enim condere ferias *d. L.* 4. *C. h.* id est de novo indicere sive ordinarias quæ in posterum valituræ, sive repentinas; aliud jam ante lege vel a Principe istitutas moderari, ut *d. L.* 4. *D. h. t.* Ubi Præses non efficit ut messium sint feriæ, sed prout usus regionis ejus fert. tempus illis constituit. quando incipere aut finiri debeant. Wes. *d. n.* 4. A. Fab. *ad d. L.* 4. Enimvero et ab inferioribus magistratibus statutæ feriæ intra fines territorii sui valebunt. Wes. *d. n.* 4. *et ad Rub. C. h. t. n.* 11. Rosbach. *Process. Tit.*

dendum est. Et sunt feriarum (6) quædam extraordinariæ et temporales, quædam solemnes et perpetuæ. Temporales sunt, quæ pro re (7) nata temporis tantum caussa indicuntur a principe extra consuetum ordinem et morem videlicet: veluti (8) ob rem a principe proprie gestam, vel in honorem principis; (9) solemnes et perpetuæ sunt quæ, ob caussas quæ sunt perpetuæ, ita constituuntur ab initio ut velit princeps eas per eadem tempora perpetuo recurrere sine ulla nova principis constitutione. Quæ feriarum distinctio significatur ab Ulpiano in *L. sed etsi. §. si feriæ, D. ex quib. caus. major.* Qui dies ferias habeant extraordinarias, nullo certo jure continetur ac nec potest. Pendet enim res ex occasionibus rerum et sola principis voluntate, non solum quando incipiant, sed etiam quando repetantur: ut de iis nihil aliud dici possit, nisi in his voluntatem principis ubique esse expectandam.

38. *n.* 7. Nam et olim privatæ ac familiarum propriæ feriæ fuerunt, Macrob. 1. *Saturn.* 16. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 8.

(6) Et ita Wesenb. *Par. h. n.* 3. Ayrer. *Procest. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 1. Rosbach. *Process. Tit.* 38. *n.* 3. Sibrand. Siccama *Lib.* 2. *de Jud. Centumv. C.* 1. Tametsi autem aliis prior partitio in divinas et humanas, seu sacras ad honorem Dei, ac profanas in utilitatem hominum institutas, atque has in ordinarias et extraordinarias subdividunt, Zas. *in Par. D. h. tit. n.* 1. Duaren. *ad h. tit. D. Cap.* 1. Monach. *Pract. P.* 5. §. 2. *n.* 5. *et* 6. add. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *pag.* 60. commodius tamen illa in repentinas et solemnes prior partitio statuitur, (ut hæ in sacras et profanas deinde dividantur; tum quia ea in ipsis LL. habetur *d. L.* 26. §. 7. *Quibus ex causs. maj. L.* 3. *de dilationib.* tum quia major fere inter eas oppositio quoad præsentem materiam; tum quia et tertiæ extra ordinem in honorem Dei indici possunt ad gratias ei agendas vel iram ejus placandam, ut dies supplicationum et precationum. Macrob. 1. *Saturn.* 16. feriarum publicarum 4. genera refert, Stativas, Conceptivas, Imperativas et Nundinas, vid. Perion. *Lib.* 3. *de Roman. et Græc. magistrat. pag.* 387. *et seqq.* Pollet. 1. *Hist. fori* 8. Petr. Gregor. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. *et seqq.*

(7) Unde dicuntur repentinæ *L.* 3. *C. de dilationib.* Wesenbec. *Parat. h. n.* 3. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 5. Speck. *Gent.* 1. *Q.* 61. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. quia repentino aliquo casu indicuntur et ex numero dierum juridicorum et communium eximuntur. Unde Pollet. eos exemptos ac exhæresimos vocari posse censet. Hæ imperativæ vocantur a Macrobio 1. *Saturn.* 16. Petr. Greg. *Com. in Syntax. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 830. et Imperiales in *L.* 4. *C. h. t.* Siccama *Lib.* 2. *de judic. Centumv. C.* 1. et laudati *h. C. N.* 5. *initio.*

(8) *L.* 1. *C. h. t.* Exempla pete ex *L.* 1. *C. Publ. lætitiæ et Consulum Lib.* 12. *tit. ult.* Alia referunt Pollet. 1. *Hist. fori* 8. Annæ. Robert. 4. *Rer. judic.* 15. *pag.* 909. *et seqq.* ac Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 12. Sed et ob calamitates publicas, ad placandas Deorum iras indici solebant. Quale novendiale sacrum, quoties lapidibus plueret, Rob. *d. C.* 15. *pag.* 910. Sicuti hodieque jejunia et solemnes processiones decerni a Pontificiis Præsulibus solent vid. Robert. *d. loc.* et Pollet. *d. C.* 8. *pag.* 65. Sane Agell. 2. *Noct.* 28. Romanos, ubi terram movisse senserant, edicto ferias imperasse narrat. Idque sedulo observasse Claudium, refert Sveton. *in ejus Vita.* Qua et ex caussa supplicationibus vacatum sub Theodosio II. Petr. Gregor. 35. *Syntax. art. mirab.* 34. Luctus quoque publicus viri illustris ac præ ceteris meriti, caussa indicendi justitii, ut ex Tacito 1. *Annal.* ubi de morte Germanici, Jo. Kirchman. *Lib.* 4. *de Funerib. C.* 11. et Joan. Meurs. *de funere C.* 50. Quibus adde Sidon. Apollin. *Lib.* 2. *Epistol.* 8. *decessit non absque justitio.* Et ita inscriptio antiqua quæ in magno Inscriptionum antiquarum opere a Jano Grutero edito, auspiciis Josephi Scaligeri et Marci Velseri *pag.* 493. *Mortem ejus justitio omnes luxerunt.* Quo respicit Prudent. *Cathemerinon. Hymno* 5. de Pharaonis exercitu demerso:

*Ipsos et proceres et vaga corpora:*
*Nigrorum videas nare satellitum*
*Arcis* justitium *triste tirannicæ.*

Harum autem feriarum impedimentum justa caussa restitutionis in integrum, per *d. L.* 26. §. 7. vid. Odd. *de Restit. in int. P.* 1. *Q.* 14. *Art.* 3. *n.* 25. ubi *n.* 28. idem etsi incidant in diem ultimam dilationis, nisi ut *n.* 30. facile prævideri potuerint, ut si multis ante diebus promulgatæ. Confer Robert. 4. *Rer. judic.* 15.

(9) Solemnes hæ, quia anniversariæ. Alias et solemne quod ita constitutum ut servari oporteat. Sic solemnia in judiciis, *L. pen. de in int. restit.* munera *L.* 2. *D. de Veteran.* stipendia *L.* 7. *Cod. de fi. instrum.* non quæ quotannis præstantur, sed quæ præstari necesse est, Donell. *ad d. L.* 7. *n.* 10. *et seq.* Vulgo DD. referente Wesenbercio *Par. n.* 3. solemnes solum vocant dies festos, et ab indictis seu rusticis secernunt, ut et Damhuder. *Praxi Civ. C.* 119. Joan. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 78. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n* 3. *et* 4. Sed in *d. L.* 26. §. 7. *et L.* 3. *C. de dilat.* solemnes sunt omnes, præter repentinas et extraordinarias. Et alias quoque solemne pro ordinario usurpatur.

IV. Feriarum autem solemnium et perpetuarum dies certos, et certa tempora non solum in præsentia, sed etiam in futurum esse oportet; alioqui quando recurrent non intelligeremus. Itaque et hæc tempora certo jure constituta sunt; proinde quæ sint, ex eo jure dicendum est: sunt vero eorum temporum in quibus placet solemnes esse ferias, genera quatuor. Primum genus est (10) dierum festorum, ut honori tantum Dei dedicatorum. In quo numero quos placeat dies esse, comprehensum est his constitutionibus, *L. 2. omnes dies, L. ult. C. de fer.* Et habentur etiam inter hos dies illi (11) quadraginta qui antecedunt diem Paschæ, quod ad criminalium duntaxat quæstionum cognitionem attinet; nam hæc per illos dies inhibetur, *L. quadraginta, C. eod.* Proximum huic genus est eorum dierum qui ad memoriam alicujus facti celebrandam sunt destinati. In quo genere placebat Romanis esse dies natalicios (12), urbis Romæ et Constantinopolis, item ipsius Imperatoris, item eum quo imperator imperium erat adeptus; de quibus (13) cautum est in *d. L. omnes dies,* et *L. ult.* illic *etiamsi, C. eod.* Tertium est messium et (14) vindemiarum, *L. 1. D. eod.* Quibus temporibus ferias constitui, ut esset

(10) Add. *C. ult. Extr. h. tit. Novell. Manuelli Comneni* 2. Photius *Nomocanon. Tit. 7. Cap.* 1. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 5. *et* 6. Covar. 4. *Var. Resol.* 19. Scaccia. 2. *de judic.* 5. *n.* 128. *et seqq.* Qui hodie recepti sint et in Camera attendantur, vid. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 1. Suanmam. *Lib.* 1. *Observ. Process. Cam. C.* 25. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 5 Joan. Pels. *Proces. T.* 12. *n.* 78. Wult. 2. *jurispr.* 30. *n.* 46. De Stativis feriis Hebræorum, P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 5. Veterum Romanorum vid. Macrob. 3. *Saturn.* 16. Joach. Perion. *de Rom. et Græcorum magistrat. Lib.* 3. *pag.* 396. *et seqq.* et citati a Tessauro *Decis.* 39. De festis Christianorum pariterque Judæorum et Paganorum Matth. Dress. *Lib. de Festis diebus.* Stativis veterum Romanorum . . . similia nostra festa immobilia; Conceptivis mobilia. ut Pascha. Pentecoste etc. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 6 *et* 7. Dresser. *de Fest. diebus pag.* 4. Festi vero dicti a festivitate et lætitia Non. Marcell. *de Propriet. sermon.* Petr. Greg. *Com.* in *Syntax. art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 827. quippe non tantum ad devotionem, sed et ad hilaritatem instituebantur, tanquam necessarium laboribus temperamentum, Seneca *Lib.* 1. *de Tranquill. animi* Robert. 4. *Rer. judic.* 15. *pag.* 909. Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 1. oppositi profestis ad administrandam rem privatam publicamque concessis, Macrob. v. *loc.* Qui latius patent nefastis, sicuti festorum strictior acceptio quam feriarum, Wesenbec. *ad h. t. C. n.* 3. Sed et apud Romanos dies quidem erant intercisi, sacris et humanis actibus distinctis horis communes. Quibus, post operam sacris datam, demum litibus vacare licebat, vid. Macrob. *d. loc.* Robert. *d. C.* 15. *pag.* 915. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *n.* 2. Quibus hodie affines dies rogationum, et supplicationum semiferiati, ut iidem et Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 116. Festi dies quomodo juris divini vel humani quinam a Deo ipso, qui ab Ecclesia instituti, vid. Covar. 4. *Var. Resol.* 19. Sabbati sane origo prima ab ipso Deo *Genes.* 2. v. 3. *E cod.* 20. vers. 8. *et seqq. etc* Covar. *d. C.* 19. *n.* 1. *et* 2. Ejus tamen loco in gloriam resurrectionis dies Solis seu Dominicus suffectus. Conrad. Heresbach *Epit. jurispr. Christianæ Edicto IV. Præcepti p.* 89. *et seqq.* Eum statum diem, quo ante lucem conveniant Christiani vocat Plin. *ad Trajan. Epist.* 97. ubi Rittershus. Quo minus utique licere debet quam feriis ad Divorum memoriam indictis, vid. Covar. *d. C.* 19. *n.* 6. Parlador. 2. *Rer. Quotid. C. fin. p.* 5. §. 4. Cujac. *ad C.* 1. et 2. *Extr. h. t.* Chassanæ. *Catol. gloriæ mundi P.* 12. *Consid.* 42. Pacian. *Cons.* 130. Briss. *ad L. dominico C. Th. de spectaculis.* De septenario dierum numero et nominibus et unde ea, vid. Jan. Parrhas. *Epist.* 63.

(11) *Leg. pen. C. h.* vid. Cujac. *de Divers. temp. præscript. C.* 11. Quod consuetudine non servari Wesenb. *ad Rubr. C. h. tit. n.* 20. nec his operas serviles vetari, Scaccia 2. de *judic.* 5. *n* 115.

(12) Nasci enim dicuntur urbes dum conduntur, Petr. Fab. 1. *Semestr.* 9 *pag.* 56. Quem de his natalitiis festis vide, ut et Quintil. *in Annal. Casib. n* 21. *et seqq.* Confer Petr. Fab. 1. *Semestr.* 6. *pag.* 36.

(13) Martial. *Lib.* 10. *Epigramm.*

*Natalem colimus, tacete lites,*

Plinius *Lib.* 10. *Epist. ad Trajan. Diem. Domine, quo servasti Imperium dum suscipis, quanta mereris lætitia celebravimus etc.* De qua festivitate pluribus Ambrosius *Sermone* 15. relatus a Revar. 3. *Conject.* 4. videatur et Petr. Greg. 2. *Synt.* 16 *n.* 7. Mandos. *d. loc.* Cæterum ad repentinas ferias natalem huc referunt Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *n.* 14. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 5. Speckan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 6. Plane Manuel. Comnenus *Imp. Orientis Nov. sua* 2. §. 5. sanxit ne dies natalis suus neve is quo creatus est feriati sint, nec in illis inducias judicia habeant, sicuti nec hodie in usu sunt, Wes. *ad L.* 7. *C. h. t. n.* 4. Festa autem Sanctorum fere celebrantur non die natali, sed eo quo mortui, quia illo renati ad gloriam. Corset. *Sing* 115. Covar. 4. *Var. Resol.* 19 *n.* 9.

(14) Agell. 16. *Noct.* 4. (etsi ibi pro feriæ

otium et tempus ad fructus colligendos publica utilitas et rei necessitas suasit. Præceps est enim eorum temporum opportunitas, ac sine fraude et periculo fructuum ea vel tantillum prætermitti non potest. His feriis duo menses constituti: nempe singulis (15) unus,

vindemiales, feriæ denicales reponat Briss. *ad L. dominico C. Theod. de spectac. p.* 241. Minut. Felix *in Octavio*. Sane et ad vindemiam feriæ judiciariam curam relexaverant, vid. Renat. Choppin. *de Privil. rust. Lib.* 2. *P.* 1. *C.* 7. Has alii rusticas nuncupant, Damhuder. *Prax. civ. C.* 119. *n.* 9. Jo. Pels. *Process. Tit.* 12. *n.* 83. Wes. *Par. h. n.* 3. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 8. et indictas Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 4. Ijsdem locus etiam in iis regionibus in quibus nullæ vites, ut eo tempore sibi de vino commodius prospiciant, post Innoc. et alios in *C. conquestus ult. Ext. h. t.* Catellian. Cotta *in Memoralib. v. Feriæ*. Nisi vinum ibi bibi non soleat, ut restringit Scaccia. *de judic.* 5. *n.* 146. Idem in feriis cerealibus, ut teneant etiam ubi frumentum non nascitur, ut eo tempore aliunde perquirant, Scaccia *d. loc. n.* 145. Quare, etsi post Bart. *in L.* 1. *C. de agric. et censit. Lib.* 11. quidam censuerint militibus, advocatis, clericis aliisque circa rem rusticam occupari non solitis has ferias non prodesse, contraria tamen opinio communis, Scaccia 2. *de Judic.* 5. *n.* 147. *et seqq.* Wesenbec. *Par. h. t. n.* 7. *et ad Rub. Cod. h. t. n.* 30. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 10. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 62. Christoph. Wintzler. *Addit. ad Process.* Joan. Pels. *Tit.* 12. *n.* 86. Quippe si fundos aut vindemias possident, operariis suis intendant oportet. Si non possident, ipsis vacantibus, eorum procuratores, testes, aliique quorum opera in ea caussa necessaria forte est, occupari possunt. Ad hæc probi patrisfamilias est, eo tempore quo fere annona remissior, frugibus vinoque coemptis cellam penuariam instruere, vid. Scaccia *d. loc.* Denique non tantum ob fructus hæ indictæ, sed et ad requiem laborum et ob fervores æstivos, *L.* 7. *C. h. t.* Wesenbec. *d. n.* 30. His quidem accensent ferias sementinas quibus frumenta sulcis mandantur, post Costal. *ad L.* 1. *h. tit. n.* 9. Illico Ummius *Disp. Process.* 7. *n.* 14. *in fin.* Quæ juris tamen, opinor, auctoritate carent. Aliæque fuisse videntur illæ de quibus Ovid. 1. *Fastor.* non longe a fine.

*Ter quater evolvi signantes tempora Fastos,*
*Nec sementina est ulla reperta dies,*

et quæ sequuntur. Quibus indicat ferias eas non annales quidem, ast conceptivas fuisse.

(15) Sed quid est quod *L.* 2. *C. h. t.* certum statumque tempus messibus et vindemiis tribuit, ut *ibi*. Ast ut *L.* 4. *D. h. t.* id præsidibus ex consuetudine cujusque loci statuit, itane hæ feriæ stativæ et conceptivæ? Et sunt qui adulterinam esse *d. L.* 2. statuunt, Alciat. 6. *Parerg.* 9. 1.° ex collatione, quia cum Theodosium præ se ferat auctorem, non debuit præponi *L. seq.* 3. *et* 4. quæ sunt Constantini qui prius regnavit. 2.° Phrasis nimis barbara *irritatur* pro ratum non habetur. 3.° In antiquis codicibus non habetur. Unde nec Accursius quidquam glossematis adjecit, ita Alciat. Et Wesenbec. *Parat. h. t. n.* 6. *ac ad d. L.* 2. qui a Gothicis Regibus, Tholosanis et Hispanis, quorum cœlo id tempus magis conveuit, inventam statuit. Ac probant Bus. *ad L.* 4. *D. h. t. n.* 3. Speckhan. *Cent.* 1. *Q.* 61. *n.* 4. Christoph. Winzler. *Addit. Process.* Joan. Pels. *t.* 12. *n.* 84. idemque monuit Contr. (ut not. Goth. *in d. L.* 2.) ac Cujac. *de Div. temp. præscript. C.* 13. Nec alienus Briss. *ad L. dominico Cod. Th. de spectac. pag.* 442. quia nec in veteribus libris nec in Codice Theodosiano habeatur. Pollet. 1. *Hist. fori* 8. *pag.* 62. *et seqq.* Theodosium *d. L.* 2. vim rerum naturæ intulisse, eadem ubique ab ea eodem tempore exigendo, cum aliæ regiones aliud ingenium soli habeant, nec omnia eadem tellure pari ubertate et velocitate progenerentur, Alb. Gentil. *de Divers. temp. appel. C. ult. pag.* 156. ex provinciarum Imperii crebriore usu non inepte definita esse tempora, *d. L.* 2. ne hic judicis arbitrium exquirere oporteret. Jurisconsultos et hic alibi multa judicantibus relinquere; Imperatores non adeo multa. Hoc modo cum adhuc antilogia relinquatur, dicere malo *d. L.* 2. rescriptam esse ad preces consultoris, qui incola fortassis Syriæ, Phœniciæ, alteriusve regionis, cujus cœlo soloque id tempus conveniebat. Vereor enim ut plerisque provinciis ditionis tunc Romanæ æque id fuerit conveniens. Quin et Ægyptus ac meridionaliores citerius tempus exegerunt. Nec puto in agro Tholosano, seu Gallia Narbonensi mense Junio messem incipere, cum de Roma sua, quæ meridionalior, testetur Scaccia 2. *de Jud.* 184. ferias eas incipere post 8. diem Julii atque ita 16. diebus tardius quam *d. L.* 2. statutum. Denique ex *d. L.* 4. colligi potest licere dominis ditionum subditis suis uvæ colligendæ usu interdicere ante diem ab eis indictam. Quod et apud suos jus esse testatur Choppin. *supra d. C.* 7. *pag.* 107. et in hoc districtu servari videmus. Enimvero has ferias pene ubique terrarum exolevisse scribit Parlad. 2 *Rer. Quotid. C. fin. P.* 5. § 4. *n.* 11. Et quod non serventur in regno Siciliæ et Neap. Maranta *P.* 4. *Distinct. judic.* 9 *n.* 19. *et Dist.* 16. *n.* 85. Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 177. nec apud Gallos Choppin. *d. C.* 7. *sub fin.* Quodque non attendantur in Curia Principis, ut qui peregre eo adventant, citius expediantur, Wurmser. *Tit.* 11. *Obs.* 3. Parlador. *d. loc.* vid. Asin. *Praxi* § 3. *C.* 7. *n.* 5. In Rota autem Romana sic, vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 185. Ordinatione Cameræ *Parte* 3. *Tit.* 33. justitium est a die 8. Julii usque ad 14. Augusti, forte

et aliquot dies amplius, *L. omnes dies. C. eod.* Utrinsque mensis initium et modus delinitus in *L. 2. C. eod.* ita tamen, ut si quid aliud pro vetere consuetudine in aliquo loco observetur, sit præsidis his de rebus ex consuetudine statuere, *L. 4. D. eod* Quartum genus est nundinarum, seu publicorum mercatutum qui modo auctoritate (16) principis exerceantur. His, constitutione Valentis, et Valentiniani quæ extat sub titulo *de nundin. et mercat. C.* hoc datum est, ne nundinarum tempore, in eo loco in quo exercentur, quisquam eorum possit conveniri qui (17) aliunde in eum locum venerint nundinarum, ut apparet, caussa; quo magis frequententur. Id enim fiet, cum qui ad nundinas ire velint scient, per caussam nundinarum et adventus sui nihil sibi molestiæ aut moræ ad ibi consitendum creatum iri.

V. His generibus cognitis, videndum, quam suprascriptæ feriæ dent a judiciis et foro vacationem; de quo nunc quærimus. Dierum festorum hæc est conditio, ut siquid faciat ad concordiam et lites consensu dirimendas, id per eos dies recte geratur. Itaque et transactiones et pacta his diebus interposita (18) rata sunt, *L. ult. C. de fer.* Est enim etiam diebus non feriatis boni judicis suadere litigatoribus concordiam, et transactione potius rem terminare quam judicio. *L. ex stipulatione, C. de sentent. et interlocut. C. querelam, Extr. de simon.* Licet et per eos dies emancipare ac manumittere, quia (19) utrumque beneficii est et liberalitatis, *L. 2. C. eod.* Reliquæ vero caussæ vel lites ita quiescere jubentur, ut si quid per eos dies lege actum sit, placeat (20) omnibus modis esse irritum, ut cautum est in *d. L. 2.*

ob æstivos fervores. Præter quos nullos ex hac caussa dies nefastos putat Illico Ummius *Disp. Process. 7. n.* 34.

(16) Vel veterum indulto *d. L. un.* id est, longa consuetudine, nempe decenni arg. *L. 1. D. eod.* quia et decennio usus amittitur. Objic. *L. 2. C. de divers. rescript.* Resp. Vide Pulilla *ad d. L. 2. n.* 3. qui varias solutiones refert. Recte autem Nundinæ feriis accensentur, quia ita olim. Macrob. 1. *Saturn.* 16. *ut supra N. 7. in fin.* Et ita Anton. Aug. *de LL. C.* 9. Alb. Gentil. *de Div. temp. appell. C. ult. pag.* 145. P. Greg. 2. *Synt.* 16. *n.* 3. *et n.* 9. Diss. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 9.

(17) Accedit *Nov. Elect. Sax.* 30. *P.* 1. qua nulla arresta iis concedi debere cavetur. Cui tamen privilegio renunciari posse, etsi contra videri queat, quod publica hic utilitas ratione commerciorum vertatur, ex rescripto Elect. Augusti probat Moller. *ibid. n. 7. et* 1. *Semestr.* 12. *n.* 2 Sane pro debitis antea contractis quosvis securos esse in nundinis expeditius est, post alios Coler. *de Process. P.* 2. *C.* 2. *n.* 156. Secus esse, si in ipsis nundinis contractum, P. Peck. *de jure sist. C.* 7. quod juri quidem consonum putat; ast in ditionibus Elect. Sax. non obtinere, Moller. *d. C.* 12. *et ad d. Nov. Sax.* 30. Cujac. *de Div. temp. præscript. C.* 26. Tessaur. *Decis.* 264. Sichard. *ad L. un. C. de Nund.* Robert. 2. *Rer. jud.* 16. Francis. Pfeil. *Consil.* 181.

(18) Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 13. Gail. 1. *Observ.* 53. *n.* 10. vid. Scaccia 2. *de jud.* 5. *n* 20. *et seq.*

(19) Hæc vera ratio. Et hæc duo solum excepta *d. L.* 2. *et L.* 8. *h. t.* Non autem ea ratio est, quia sunt voluntariæ jurisdictionis, ut plerique idem hinc statuentes in adoptione, tutoris vel curatoris datione etc. vid. Maranta *P.* 4. *Dist. jud.* 16. *n.* 86. Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 96. *et seqq.* Ubi *n.* 104. *et* 2. *seqq.* idem statuit in decreto super alienatione rei minoris, quia nec hic exercetur contentiosa jurisdictio, tametsi contraria sit communis. Oblationem quoque retractus seu actum extrajudiciarium valere, Tiraq. *de Retr. lignag. ad fin. t. n.* 78. Et quicunque actus caussæ cognitionem non requirunt. Unde et testes qui antea juraverunt, his quoque feriis recte examinari, post Gu. Pap *Q.* 215. Menoch. 1. *Arb. Q.* 30. *n.* 14. *et seq.* ac ex eo Peguera *Decis.* 53. *n.* 12. ac probat Wendelin. Hailman. *de Testib. C.* 4. *p. m.* 53. (quia, ait, non est actus juridicialis, sed seorsim et secreto loco fit) Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Observ.* 6. *n.* 13. Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 73. et pluribus Rulant. *de Commissar. P.* 1 *Lib.* 5. *C.* 5. ubi *n.* 16. testes etiam cogi posse ut deponant. Sed contra Tessaur. *Decis.* 93. *n.* 3. Ant. Fab. *Cod. suo h. t. defin.* 2. *n.* 7. Et recte opinor regulariter. Ubi enim necessitas urget, qua valetudinarii testes etc. admitto ob exceptionem generalem de qua *h. C. N.* 27. Et appellationem interponi. Scaccia *d. loc. n.* 72. Ayrer. *d. Obs.* 6. *n.* 14. Confessionem recipit Scaccia *d. C.* 5. *n.* 76. Instrumenta quoque a Notariis confici posse, ex communi Scaccia *d. C.* 5. *n.* 108. ut tamen juramentum in eo adpositum non valeat. Fidejussionem tamen feriis exigi et recipi non posse, nisi quæ necessitatis vel pietatis ratio id suadeat, Ant. Hering. *de Fidejuss. C.* 12. ubi vide. Nec contractus alios quam quibus a litibus receditur celebrari, per *C. h. t.* Menoch. *Arb. Q.* 30. *n* 13. et Peguera *Decis.* 53. *n.* Wesenb. *ad L. ult. C. h. t. n.* 2. ubi mercatorum tabernas claudi debere, Facit *Nehemiæ* 13. v. 16. *et seq.* Nec juramentum nisi pro pace vel alia necessitate *C.* 1. *h. t. C. decrevit* 17. *C.* 22. *Quæst.* 5.

(20) *L. ult. C. h. t. L.* 4. *Cod. Quom. et quan jud. C. ult. Extr. h. t.* Vid. Maranta *P.* 4. *Dist. jud.* 16. *n.* 81. *et seqq.* Peguera *Decis.* 53. *n.* 3. *et* 4. A. Fab. *C. suo h. t. defin,* 1. Scaccia 2. *de Jud.* 5. *n,* 17. *et seqq.*

Quod eum his verbis caveatur; apparet nec si quid, quanvis volentibus litigatoribus, actum aut judicatum fuerit, id ratum esse habendum. Exceperunt Honorius et Theodosius, si quid adversus latrones quæreretur. In quos omnibus diebus inquiri posse vel per tormenta (21) voluerunt, *cum*, inquiunt, *facillime et in hoc summi numinis speretur*

Etsi coram arbitro agatur, *L.* 7. *C. h. L.* 36. *de rec. arb.* vel judice qui arbitrio suo procedit, Pegu. *d. loc. n.* 4. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 1. Qui aliud statuit, ut *ibid. n.* 17. in arbitratore ut amicabili compositore, cum instar ibi transactionis sit, et Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 23. Rulant. *P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 5. *n.* 3. vid. Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 20. *et seq.* Etsi caussæ summariæ, Scaccia *d. loc. n.* 23. hinc tamen plures eximens, ut *h. C. N.* 21. Nec exsecutio valet, sive ex sententia, sive ex instrumento liquido, vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 91. *et n.* 135. Parlador. 2. *Rerum Quotid. C. fin. P.* 5. §. 4. Rob. 4. *Rer. jud.* 15. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 3. Peguera *Decis.* 53. *n.* 3. Tessaur. *Decis.* 95. *n.* 1. Vant. *de Nullit. sent. ex defect. jurisdict. n.* 131. Pignora tamen ex hac caussa capi posse, post Guid. Pap. *Q.* 215. Menoch. *Arbitr.* 30. *n.* 16. vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 93. *et seq.* Proscriptionem autem seu præconizationem, ut vocant, fundi venalis die feriato fieri posse, quod actus sit voluntariæ jurisdictionis, Ægid. Magister *Decis. in d. Tr. de Bon. proscript. C.* 15. Contrarium verius, *L. ult. Cod. h. t.* ibi *præconis horrida vox silescat*; ubi not. Goth. His iisdem cunctarum artium officis quiescant, *L.* 3. *C.* 3. *h. t.* Et cessandum ab omni opere servili, *Exodi* 12. v. 16. *Levit.* 23. vers. 3. *n.* 15. v. 32. *etc.* vid. *C. licet* 3. *C. ult. Ext. h. tit.* Scaccia 2. *de judic.* 5. *n.* 112. *et seqq.* Rebuff. *Privileg. schol.* 1. *n.* 3. add. Dominic. Soto *Lib.* 2. *de just. et jure. Q.* 4. Quin et Ethnicorum sacerdotes ferias pollui credebant, si in eis aliquod opus fieret. Unde ne quid tale ageretur per præconem nunciabatur, vid. Macrob. 1. *Saturn.* 16. Robert. 4. *Rer. jud.* 15. *pag.* 913. Petr. Gregor. *Com. Synt. Art. mirab. Lib.* 4. *C.* 66. *pag.* 827. *et seq.* Veteri Alamannorum lege *Tit.* 39. §. 1. (edidit Joan. Basil. Heroldus) *opera servilia die dominico faciens servus fustibus vapulat, liber corripitur usque ad tertiam vicem; et si post tertiam vicem in hoc vitio correptus, tertiam partem hereditatis perdit.* Aliæ pœnæ libro legis Bojoariorum *C.* 9. *tit. unico*, etiam rustico, regulariter Tibull. *Lib.* 1. *Eleg.* 2.

*Luce sacra requiescat humus, requiescat arator*; etc.

vid. *Nov. Leonis* 54. Secus necessitate imminente. Sic intelligenda, *L.* 3. *Codice hoc titulo Synops. Basil. Lib.* 7. *tit.* 17. *C.* 9. *C. licet* 3. *Extr. eod.* Scaccia *d. loc. n.* 117. Sicuti et ex necessitate operæ quædam serviles excusantur, veluti ad cibos parandos, chirurgorum, pharmacopolarum et aliæ plures, de quibus Dominic. Soto. *Lib.* 2. *de Just. et jure Q.* 4. Licet Judæi fere a talibus adhuc præcise abstineant, vid. P. Greg. *d. C.* 66. *p.* 828. *et seq. et* 2. *Synt.* 16. *n.* 16. Sic Scævola olim consultus quid feriis agi liceret, respondit: quod prætermissum noceret, Macrob. 1. *Saturn.* 16. Virgil. 1. *Georgic.*

*Quippe etiam festis quædam exercere diebus*
*Fas et jura sinunt, rivos deducere nulla*
*Religio vetuit* etc.

Itemque ab obscœnis voluptatibus, et scenicis spectaculis, *L. ult. Cod. h. tit. Cap. irreligiosa* 2. *de consecrat. distinct.* 3. vid. Wes. *ad d. L. ult. n.* 3. *et seq.* Vacandum cultui divino *Exodi* 12. v. 14. *Levit.* 23. v. 3 *et* 8. etc. Esaiæ 56. *et C.* 58. v. 13. *Act.* 13. v. 28. *et* 44. *et similib. plurib.* Opera danda operibus piis *d. Corinth.* 16. v. 2. Abjiciendæ comessationes et ebrietates, Petr. Greg. 2. *Synt.* 16. *num.* 27. Etsi, ut mores sunt, multi festo die sua prodigunt ut profesto egere liceat, juxta illud Plauti *Aulurar. Act.* 2. *Sc.* 5. Licita vero iis opera non servilia quæ non præcipuæ ad lucrum seu commodum tendunt, vid. Scaccia *d. C.* 5. *n.* 119. *et seqq.* Sed et his diebus peragenda quæ ad disciplinam militarem pertinent, *L. pen. D. h. t.* vid. Georg. Acat. Enenkel. 2. *de Privileg. milit.* 3. Et studiis operam navare licet, vid. Rebuff. *Privileg. Schol.* 1. Horat. Luc. *Priv. Schol.* 49. Nicol. Intrigliol. *de Feud. Q.* 99. Scaccia 2. *de jud.* 5. *n.* 121. *et seqq.* Speck. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Q.* 11. *n.* 25. Confer Dominic. Soto *Lib.* 2. *de Just. et jure Q.* 4. Venari an liceat, vid. Pruckman. *de Regalib.* §. *venatio C.* 5. Sebast. Medices *de Venat. Q.* 11. *n.* 4. *P.* 1. et latius Georg. *Mor. de jure venandi P.* 2. *Cap.* 10. An iter facere A. Gent. *de Div. temp. appell. C. ult.*

(21) De quo et quomodo in criminalibus diebus festis procedatur, vid. Scac. 2. *de jud.* 6. toto Peguer. *Decis.* 53. *n.* 8. *et seqq.* Torturam illis intermitti debere, Wes. *ad Rub. C. h. n.* 21. Henrig. *de Fidej. C.* 12. *n.* 13. Cæterum juxta DD. nostros plures quoque caussæ civiles etiam his festis diebus expediri possunt. Quas Scac. 2. *de jud.* 5. ad duos casus generales reducit. 1.° Necessitatis, si vel debitor de fuga suspectus; qui capiendus, Marant. *P.* 4. *Dist. jud.* 16. *n.* 92. Bover. *Sing.* 10. *n.* 14. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 9. Moller. 3. *Semestr.* 44. *n.* 1. Et pluribus allegatis, de communi testatur Scacc. *d. n.* 28. ubi *n.* 30. idem in solemnissimis festis Paschatis, etc. statuit. Vel res tempore peritura, vid. *h. C. N.* 27. aut alias moram non fert, Scac. *d. C.* 5. *n.* 52. *et seqq.* ut quando faber impedit doctorem vel studiosum *ibid. n.* 55. 2.° Pietatis, vid. *h. C. N.* 26.

*venia, per quod multorum salus, et incolumitas procuratur.* Ea est *L. penul. C. eod.*

VI. De secundo genere dierum natalicioirum et similium, idem (22) jus quod de superiore, esse existimo, per hosce dies judicia ita silere, ut nec in volentes quicquam jure agere liceat. Primum, quia his diebus jubentur jura differri in *L. omnes dies, C. eod.* nec quicquam exceptum video. Deinde quia apparet horum dierum ferias non ad otium et utilitatem privatorum referri, sed ad publicam congratulationem et cultum Dei, ut gratiæ publicæ ei agantur, qui initii tam felicis auctor extiterit. Scimus autem pactis privatorum juri publico (23) derogari non posse, *L. jus publicum, D. de pact.*

VII. Cæterarum feriarum, ut quæ ad utilitatem privatorum et eorum quibus cum agitur comparatæ sint, caussa est dissimilis, sive cum volentibus agatur sive adversus invitos. Per ferias quidem messis et vindemiarum constat, si quid ex (24) voluntate partium actum judicatumve sit, non secus valere, quam si alio quovis tempore actum esset, *L. 1. L. si feriatis, D. de fer.* De tempore nundinarum nihil aperte cautum est in *d. L. un. C. de nundin.* sed cum constitutio vetet iis qui ad nundinas venerint, molestiam inferri; porro volentibus et consentientibus molestia non inferatur, *L. nemo videtur, D. de reg. jur.* perspicuum est constitutionem ad consentientes non pertinere.

VIII. Jam adversus invitos, etsi magna ex parte ita jus se habeat ut messis et vindemiarum tempore judicio agi non possit, tamen caussæ quædam exceipiuntur. Primum de publicis et fiscalibus (25) caussis etiam per id tempus agi potest, *L. publicas, Cod. de fer.* Id utilitas publica exigit, quæ privatorum utilitatibus anteponi debet. Quod ad privatas caussas attinet, visum est (26) libertati, hoc est rei maxime favorabili tri-

(22) Idemque in feriis repentinis, vid. Scac. *d. C.* 5. *n.* 131. *et seqq.* Peguera *Decis.* 53. *n.* 3. Quæ etiam sacræ quatenus ad Deo gratias agendas, profanæ quatenus ad communem lætitiam explendam indictæ, ut Dambuder. *Prax. Civ. C.* 119. *n.* 14. quoad vacationem scilicet a judiciis, non etiam ab operis et opificiis, Scacc. *ibid. n.* 136. *etc.*

(23) Et ita renunciari nequit nec feriis sacris Zas. *Par. h. t. n.* 6. Menoch. *Arb. Q.* 30. *n.* 6. *et n.* 11. Bronch. 1. *et n.* 7. Scacc. *d. C.* 5. *n.* 18. Ayr. *Proces. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 3. nec repentinis aut in honorem Principis indictis, Gail. *d. n.* 16. Pegu. *d. loc. n* 3. Tessaur. *Decis.* 39 *n.* 7. Scac *d. C.* 5. *n.* 132. *et* 142. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Contid.* 24. *n.* 115. Rob. 4. *Rer. jud.* 15. Vant. *de Nullit. ex defect. jurisd. n.* 130. Num vero a Principe, item statuto aut consuetudine, istis feriis in honorem Dei derogari possit, quibus item et quatenus, vid. Scac. *d. C.* 5. *n.* 130. Wes. *ad Rub. C. h. n.* 37. Wurms. *t.* 11. *Obs.* 3. Peg. *Decis.* 53. *n.* 5. et omnino Marant. *P.* 4. *Dist. jud.* 16. *n.* 87. *et seqq.*

(24) *C. ult. Extr. h. t.* Bronch. 1. *Enant.* 28. Tessaur. *Dec.* 39. *n.* 1. Pegu. *Dec.* 53. *n.* 15 Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 16. *et* 2. Scac. 2. *de jud.* 5. *n.* 156. *usque ad n.* 171. Verba enim orationis D. Marci ita habuerunt: ne invitis partibus judicium sit *L.* 6. *h. t.* Gail. *d. n.* 16. Eaque favore litigatorum principaliter inducta, etsi per consequentias etiam respexit ad favorem publicum. Nec facile consensurus, nisi qui alios habet per quos rem rusticam æquæ commode curare possit, quomodo reipublicæ nihil interest. A. Fab. *ad L.* 1. § 1. *t.* Plane ex voluntate partium judicare ita potest judex, non autem tenetur, quia non deteriori jure ipse esse debet quam litigatores. Tessaur. *Decis.* 39. *n.* 2. Scac. *d. loc. n.* 159. Quin ipse ex officio potest opponere ferias tacente parte. Jo. Bapt. Asin *de Execut.* §. 3 *n.* 308. Rulant. *P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 9. *n.* 5. Renunciari autem potest etiam tacite, Gail. *d. loc. n.* 17. Menoch. 2. *Præsumpt.* 46. *n.* 24. Pegu. *Decis.* 53. *n.* 7. Asin. *Praxi* §. 3. *C.* 7. *n.* 2. Quod explicat Scac. *d. C.* 165. *et seqq.* extra hanc renunciationem acta judicii æque jure nulla per *d. L.* 5. verbis *ne judicium sit nisi etc.* Pegu. *Decis.* 53. *n.* 13. (licet A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 5. sententiam his feriis latam nullam non esse) nec si postea accedat consensus confirmantur; ut Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 27. *n.* 2.

(25) Non criminales, ne obstet *L.* 12. *de publ. judic.* Sed patrimoniales, ita Peguera *Decis.* 53. *n.* 21. Addit *d. L.* 5. pistorias. Cujac. *de Div. temp. præscript. C.* 13. exponit: id est de mancipibus qui curatores sunt pistrinorum, *Nov.* 80.

(26) Et aliæ piæ caussæ, vid. Tiraq. *Privil. piæ causs.* 156. Quin immo Scaccia 2. *de jud.* 5. *n.* 43. *et seqq.* etiam in festis diebus ex pietatis ratione procedi vult in sequentibus caussis: Miserabilium et pauperum *d. n.* 43. *et seq.* add. Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Ob.* 6. *n.* 9. Scholarium, vid. *d. C.* 5. *n.* 75. et Horat. Luc. *Privil. schol.* 74. Rebuff. *Priv. Schol.* 4. P. Barbos. *ad L.* 1. *Sol. matr. P.* 7. *n.* 53. Speckh. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Q.* 11. *n.* 25. Alimentorum *L.* 2. *h. t.* Pegu. *Decis.* 53. *n.* 12. Jo. P. Surd. *de Aliment. Tit.* 8. *Priv.* 2. *n.* 7. *et seqq.* Scac. *d. C.* 5. *n.* 6. *et seqq* declarans ut obtineat quando petuntur constitui in futurum officio judicis. Secus si jure actionis aut ex contractu petantur, nisi pauperi debeantur, vigente illa pietatis ratione, add. P. Barbosa *ad L.* 1. *Sol. matr. P.* 1. *n.* 54. Qui *d. L.* 2. obtinere dicit cum ex dispositione legis alimenta debita, vel ex con-

buendum esse, ut de ea possit omni tempore jus diei; de cæteris autem in universum, hac conditione, si res (27) moram non ferat; id est si paullo longior dilatio damnum aetori allatura videatur. Qua de re, et quæ in posteriore hoc genere species habeantur comprehensum est in *L.* 1. §. *ult.* et *L.* 2. *D. eod.* eoque pertinet *C. ult. Extr. de judic.*

IX. De tempore nundinarum, vel ipsa constitutio quæ est de hoc genere, satis ostendit neque omnibus hoc dari ne conveniantur eo tempore, quamvis ibi agentibus ubi nundinæ exercentur; neque omnium rerum exactionem et cognitionem inhiberi. Constitutio tantum de ad nundinas concurrentibus scripta est: sed et nominatim privali tantum debiti inhibet exactionem, ut appareat (28), neque eos qui ibi degunt ubi mercatus est, ea constitutione juvari; neque per id tempus adversus quoslibet differri axactionem publicorum aut fiscalium debitorum. Puto et quæcunque sunt caussæ ejusmodi quæ dilationem non ferant, de quibus tempore messis aut vindemiarum agi potest, de his et nundinarum tempore adversus exteros qui venerint ad nundinas agi posse; si modo et alio tempore ibi ubi nundinæ exercentur conveniri potuerint; constitutio enim de nundinis vetat molestiam venientibus exhiberi. Nunc autem in hujusmodi caussis laborat actor, non ut molestiam inferat ei qui venerit; sed ne quam ipse injuriam ex dilatione adversarii patiatur. Denique beneficia in cujusquam injuriam tribui non solent, *L. nec avus, Cod. de emancip. liber.*

tractu et testamento, ei qui non habet aliunde unde se exhibeat. Dotis, si pauperi relicta, aut debeatur, Scac. *d. loc. n.* 58. *et seqq.* Alias secus, vid. Barbos. *in d. L.* 1. *P. n.* 42. *et seq.* Fachinæ. 10. *Contr.* 86. Salarii vel mercedis famulo aut operario pauperi debitæ etiam de præterito, vid. Scac. *d. C.* 5. *n.* 63. *et seqq.* Carcerati, si ad ejus utilitatem aut liberationem ipso volente procedatur, Scac. *d. loc. n.* 65. *et seqq.*

(27) Ut si dilatio actionem perempura, *L.* 1. §. *ult. h. t.* quia beneficia caussæ conditionem habent, ne cui sint captiosa, A. F. *ibid.* Ubi, ceu aulax legum censor commodius potuisse occurri scribit. si statutum esset ut tempus hoc feriarum rusticarum actori non curreret, ast subduceretur. Plane has quoque caussas Gail. 1. *Obs.* 53. *n.* 13. Monach. *Pract. P.* 5. §. 2. *n.* 13. Ayr. *Process. P.* 1. *C.* 5. *Obs.* 6. *n.* 4. *et* 5. Wes. *ad Rub. C. h. t. n.* 11 ac Scaccia 2 *de jud.* 5. *n.* 35. *et seqq.* diebus festivis etiam expediri posse putant, quia necessitas a sabbati observatione excusat, Luc. 14. v. 5. *etc.* Et ex hac caussa a regula juris receditur Hinc quærit Scaccia *d. loc. n.* 38. an sententia tunc die festo, ex gr. dominico, possit ferri, quando alias expiratura judicis jurisdictio. Quod negat, nisi pariter instantia periret aut probatio partis. In his autem feriis ad utilitatem hominum expediri præterea posse statuunt causas quasvis summarias. ut habetur *Clem. sæpe de V. S* Parlad. 2. *Rer. Quotid. C. fin.* §. 4. *n.* 10. Danh. *Praxi civ. C.* 119. *n.* 25. vid. Scacc. *d. C:* 5. *n* 171. *et seqq.* Possessorias *d. C.* 5. *n.* 174. itaque et caussam attentatorum, quæ rapit naturam meri possessorii, M. Aut. de Amatis *Decis.* 26. Matrimoniales, Usurarias Scacc. *d. C.* 5. *n.* 86. Executivas Scacc. *d. C.* 5. *n.* 179. Parlad. *d.* §. 4. *n.* 19. Bover. *Sing.* 10 *n.* 5. Tessaur. *Decis.* 59. *n.* 1. Vant. *de Nullitat. ex def. jurisd. n.* 31. Vid. et de his caussis M. Ant. de Amatis *Decis.* 86. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. C.* 107. *Vol.* 1. Quid si actor et reus diversi fori et diversæ utrobique feriæ? Attendendæ quæ in domicilio rei per *L.* 1. *h. t.* si scilicet ibi caussa agatur; alias ejus provinciæ ubi lis agitatur, quia ibi contrahendo vel solutionem eo destinando se adstrinxit ad consuetudinem loci, ita Coler. *ad C.* 2. junct. *C. dilecti* 8. *de Except. n* 32. Confer Rulant. *P.* 1, *C* 5. *n.* 19.

(28) Nec eo gaudent banniti, Nellus a S. Geminiano *Tr. de Bannitis P.* 3. *secundi temporis n.* 15. Moller. *ad Nov. Elect. Sax.* 30. *Pt* 1. *n.* 13. *et* 14.

## CAP. VIII.

De jurejurando. Et cur hoc loco.

*Transitio ad jusjurandum.* I.
*Hoc loco, de eo quo lites dirimuntur.* II.
*Titulus jurisjurandi opportunissime locatus in jure pontificio, minus apte in jure civili.* III.

I. Lite sic instituta, quod contestatione partium fieri diximus, dilationibusque exinde a judice concessis actori et reo, ex quibus disceptare de caussa et probationibus se munire atque instruere debeant, quo judici fidem faciant; ipse ordo nos ad Probationum tractatum jam deduxisse videtur; quibus cognitis, solet a judice sententia ferri, resque terminari. Solet imo et debet; nam sententia quæ lata est sine caussæ cognitione, sine inspectione actorum, non auditis probationibus, ea fere nullius momenti est; est certe iniqua ut ab ea merito appellari queat, ut bene Angelus scribit in *L. judices, Cod. de judic.* allegatque ad eam sententiam Innocentium, juris civilis peritissimum, Pontificii etiam auctorem, in *C. cum Bertoldus, Extr. de re judic.* Et ita sane est: cum enim res omnis quæ in judicium deducitur, vel hoc ipso dubia ac controversa esse putetur, Justiniano auctore, in *L. ult. Cod. quibus ad lib. procl.* non potest ea decidi, nisi prius a judice examinetur et probationibus illustretur eorum qui de ea re dissentiunt, ac propterea eam ad judicem introduxerunt. Sed in probationibus plerumque multus labor sumitur, multique sæpe ac magni sumptus fiunt, perit tempus, abducitur a melioribus studiis animus, suscipiuntur etiam sæpe odia, et inimicitiæ. Ad hoc, probationum interdum ea est vel inopia vel difficultas, ut desperent homines se eas parare posse. Quibus rebus aliisque quas recensere nihil attinet, sæpe litigatores adducti quo se litis molestiis incommodisque liberent, aut pactione aliqua rem, aut etiam jurejurando dirimunt. Pactionem intelligo transactionem; est enim transactio nihil aliud quam pactio de re dubia vel controversa et de qua lis esse possit, *L. 1. D. de transact.* Dico, esse possit; nam fere transactionibus utuntur antequam ad judicem eant, vel ante judicium quod a litis contestatione demum incipere notum est: ipse judex ad id hortari solet et concordiam suadere; idque etiam ad judicis boni officium pertinet, *L. 7. C. de sentent. L. ult. C. de fer.* Jurisjurandi et in judicio usus frequentissimus est et ante judicium, cum convenit inter dissidentes ut eo modo controversia decidatur, *L. jusjurandum,* et ad *D. de jurejur.* Utroque modo, id est et transactione et jurejurando, si veritatem spectemus, res in obscuro relinquitur (potest enim qui transigit, si litigaret, totum fortasse consequi quod pertendit, et qui jurat falsum dicere ac jurare). Sed lis tamen ac controversia iis modis funditus tollitur, eamque ob rem sententiæ et rebus judicatis comparantur, etiam præferuntur interdum, præsertim jusjurandum, *L. 1. D. de jurejur.* Et transigi non solum pacto, sed etiam jurejurando et sententia dicitur, *L. 2. L. admonendi, D. d. tit. L. 13. pœna, D. de his qui not.* Denique hæc tria genera sunt quibus lites dirimuntur, transactio, jusjurandum, et judicium sive judicis sententia, ut sequenti capite docebimus.

II. Sed de transactionibus quidem alibi et in commentariis ad illud titulum Codicis a nobis diligenter expositum est, unde petere cuivis licet: certe cum ad judiciorum ordinem ac formam de qua nunc sermo est, ejus rei explicatio non magnopere pertineat, temere hoc loco inculcaretur. Alia jurisjurandi ratio est. Nam et plerumque in judicio interponitur, et probationis vicem obtinet. Est igitur hic locus de jurejurando agendi, et quidem prius quam de probationibus ipsis; non tam adeo propter religionem qua tamen motus Imperator Justinianus videtur, cum de rebus creditis acturus titulum de jurejurando præposuit, quam quia jusjurandum quo lites dirimuntur, ante judicium vel in jure apud prætorem, vel initio mox suscepti judicii priusquam ad probationem ventum est, intervenire solet: nec est ei locus post rem probatam ullus, nisi forte de lite æstimanda agatur, quod jusjurandum in litem dicitur, vel caussa adhuc dubia sit quia pares utrinque probationes allatæ fuerint, ut nos interpretamur; vel quia non satis plene perfecteque probavit actor intentionem suam, ut vulgo interpretes sentiunt. Utroque enim casu et ad litem æstimandam et ad probationem implendam, jusjurandum judex defert, non alius, ut suo loco dicetur. Sed

de jure quidem jurando in litem libro xxvi. quoniam illic est nobis de omni æstimatione dicendi constitutus locus. De altero, idest eo quod in dubiis caussis et inopia probationum a judice deferri solet, commodissime hoc loco disseretur, in quo in universum de jurejurando quo lites dirimuntur, non æstimantur tantum, exponere institui: quod et in Pandectis factum est, et rationem habet, ut mox apparebit.

III. Illud in jure Pontificio rectius, quod jurisjurandi titulus probationibus et præsumtionibus adjunctus est (eo enim pertinet) et in rei judiciariæ explicatione collocatus. Nostri insubtilius, qui de jurejurando in parte rerum creditarum et contractuum exposuerunt; eo magis, quod jure civili jusjurandum non est modus contrahendæ obligationis, sed litis ac controversiæ distrahendæ: ac perinde habetur quasi plene probasset is qui ex delatione adversarii vel judicis juravit, *L. 5 §. dato, D. de jurejur.*

## CAP. I.

DE JUREJURANDO DUÆ QUÆSTIONES:
JURISJURANDI EXTRA LITEM
ET JUDICIA USUS,
Qui quidem effectum juris habeat.

## CAP. II.

JURISJURANDI IN LITE ET JUDICIIS USUS.
TUM GENERA DE JUREJURANDO
CALUMNIÆ, TESTIMONII, PURGATIONIS,
Judicio sistendi caussa, litis decisionis.

## CAP. III.

PARTITIO EDICTI AC TITULI DE JUREJURANDO
DE VI JURISJURANDI VOLUNTARII;
SEU EJUS QUOD EXTRA JUDICIUM JURATUM EST EX EDICTO.
Quibus conditionibus id valeat, ac primum
de conditione delata.

## CAP. IV.

QUI JUSJURANDUM DEFERRE POSSINT
AUT NON POSSINT: UT HIS
DEFERENTIBUS JUSJURANDUM DATUM SERVANDUM SIT;
Aut non noceat.

## CAP. V.

DE HAC CONDITIONE TERTIA
SI JURAVERIT, AUT REMISSUM SIT
Jusjurandum.

## CAP. VI.

JURANDUM EX CONDITIONE DELATA,
SEU EX EO QUOD DELATUM EST,
ET HOC QUIBUS REBUS
Contineatur.

## CAP. VII.

QUOMODO SERVET PRÆTOR JUSJURANDUM:
AC PRIMUM REO, ET DE EXCEPTIONE
JURISJURANDI. QUIBUS DETUR, ADVERSUS QUOS,
Qua de re.

## CAP. VIII.

DE ACTIONE EX CAUSSA JURISJURANDI:
QUÆ, ET QUALIS SIT:
QUIBUS: ADVERSUS QUOS: QUAMDIU:
Quam vim habeat.

## CAP. IX.

JUSJURANDUM NULLO PRÆTEXTU RETRACTARI
PRÆTERQUAM TRIBUS IN CAUSSIS;
TUM DE VARIIS EFFECTIBUS
Jurisjurandi.

## CAP. X.

DE VI JUDICIALIS JURISJURANDI.

## CAP. XI.

DE VI NECESSARII JURISJURANDI.

## CAP. XII.

DE NECESSITATE SUSCIPIENDI
JURISJURANDI EXTRA JUDICIUM,
Tum in judicio.

## CAP. XIII.

RECUSANDI JUDICIALIS
Jurisjurandi caussæ.

## CAP. XIV.

NECESSE ESSE VENIRE AD JUDICEM
JURANDI CAUSSA, CUM VOCATUS FUERIS:
NISI SI QUIBUS HÆC JURANDI NECESSITAS REMITTATUR:
Et quæ res hanc remittant.

## CAP. XV.

ADVERSUS EUM QUI JURARE,
AUT JURANDI CAUSSA AD
JUDICEM VENIRE NON VULT,
Quæ sit pœna.

## CAP. XVI.

DE APPELLATIONIBUS VOLUNTARII
JURISJURANDI, NECESSARII,
JUDICIALIS, QUID HAC
Significetur.

*Vide Epistolam ad lectorem huic volumini præfixam.*

# HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS QUINTUS

*Vide laudatum Epistolam.*

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS SEXTUS

### CAP. I.

**Judicandi munus esse publicum, sic tamen ut justis de caussis judex a judicando excusetur, et quæ sint hæ caussæ. Cogi etiam judicem posse ut quamprimum judicet. Et de tempore legitimo intra quod judicium exerceri debeat, *ad L. properandum, C. de jud.***

*Transitio, summa et ordo hujus capitis.* I.
*Munus judicandi publicum: idea unumquemque ad illud cogi posse remediis prætoriis, nisi excusetur idonee.* II.
*Quæ hujus detrectandi muneris excusationes.* III.
*Quid hæ proprium habeant et distinctum a reliquis.* IV.
*Non esse idoneas excusationis caussas* 1. *si judex juret sibi non liquere. Exponitur* L. Pomponius, 56. D. de re jud. V.
2. *Si consulenti judici de facto præses non respondeat. Exponitur* L. cum quem 79. §. 1. D. de jud. VI.
3. *Si caussetur litigatorum inimicitias.* VII.
*Quid si, salva conscientia aut religione, quem absolvere aut condemnare nequeat. Hoc quid sit.* VIII.
*Si judex judicium protrahet, a magistratu judicare cogitur, et quomodo.* IX.
*Quod tempus judicandæ rei sit a Justiniano præstitutum.* X.
*Summa et analysis* L. properandum, C. de judic. XI.

I. Caussa, ut visum est, probata et a judice eo modo cognita quo supra scriptum est, sequitur, quod est secundum et idem summum in officio judicis, ut judicet seu sententiam ferat. Et faciet quidem recte, si officio judicis fungi velit, quid tamen si detrectet? Videbimus ante omnia an habeat necesse, et quando id facere cogatur. Multa enim possunt incidere quæ judicem vel impediant ne judicet, ut morbus et necessaria aliqua occupatio, vel etiam deterreant: sive quod de re ei non liqueat, sive quod metuat litigatorum potentiam aut inimicitias: sive quod gratia aut amicitia alterutrius ducatur ne eum sententia sua lædat. Licet idem quærere de eo qui nolit ab initio caussam cognoscere, vel quia refugiat cognoscendi laborem vel quia id agat ne judicet. Quod si ante non quæsivimus, hæc caussa est, quod visum est commodius de necessitate hujus muneris, quæ una est in omnibus ejus muneris partibus, semel dicere, idque hoc loco facere potius, in quo præcipue agitur de judicando.

II. Et de toto munere sic habendum est publicum esse (1) judicandi munus, *L. quippe, D. de judic. L. ult. §. judicandi, D. de mun, et honor.* Proinde ejusmodi ut, quemadmodum scriptum est in *L. prætor. §. qui autem, D. de vaca. et excusation. mun. Qui non habet excusationem, invitus judicare cogatur.* Ut est conditio omnium munerum publicorum quæ, delata etiam ab initio, sine justa excusatione detrectari non

(1) Et onus potius quam beneficium. Longovall. in *L.* 3. *de jurisd. n.* 193. Pollet. 3. *Hist. fori* 10. Etsi honori quoque fuerit, vide Tiraq. *de Nobilit. C.* 28.

possunt, nedum possint jam suscepta, *tot. tit. de vac. et excu. mun.* Itaque non modo verum est illud quod dicitur in *L. de qua re, D. de jud.* judicem qui de re cognovit, de ea quoque pronunciare cogendum esse; sed hoc amplius cogi operam præbere ad cognoscendum, ideo quia sine caussæ cognitione judicare non possit. Cogetur autem judex datus ab eo, qui dedit, *L. 3. C. de ped. jud.* et cogetur remediis prætoriis, puta, (2) multa indicta, et pignoribus in eam rem captis. quæ remedia judicantur in *L. 1. §. ex hoc rescripto, D. de inspic. ventr.*

III. Sed cogitur judicare, ut supra dixi, is qui excusationem non habet: suæ sunt ergo et hujus muneris excusationes. Sunt vero non tantum generales illæ quibus homines ab aliis quoque muneribus excusantur; sed etiam propriæ quædam ipsius muneris, ut non abs re sit quærere hoc loco quænam sint. Quod eo etiam diligentius faciendum est, quod in his omnibus præponendis ad muneris excusationem licet nonnihil singularis juris animadvertere. De generalibus nihil dicam, quæ ex titulis de vacatione et excusationibus tutelæ reliquorumque munerum peti possunt; nec dubium est quin quæ res aliorum excusationem habent, eædem præstent et hujus muneris vacationem; cum facilius excusetur quis a munere judicandi quam ab aliis muneribus, ut paulo post intelligetur. Quod proprium est hujus muneris; hoc est, quæcunque enim res sunt, quæcunque occupationes quæ impediant quo minus judex possit operam præbere ad cognoscendum, judicandum aut omnino aut sine incommodo rei familiaris, omnes (3) hujus muneris excusationem præstant. Itaque non tantum excusatur judex valetudine et morbo propter quæ suis rebus superesse non potest, non tantum necessaria profectione ut ea quæ suscipitur Reipublicæ caussa, non tantum magistratu et similibus necessariis causis; sed etiam negotio quovis privato, privata occupatione quæ omitti non possit sine rei familiaris periculo, quam tamen necesse sit omitti, si vacet judex rei cognoscendæ et judicandæ. De prioribus caussis scriptum est in dicta *L. prætor, D. de vacat. et excusat. muner.* Postrema apertius intelligitur ex *L. si longius, D. de judic.* Cujus generis excusationem non item esse in aliis muneribus proditam, exemplo tutelæ declaratur. Etsi enim hujus administratio magnas et multas difficultates habet et impedimenta rei familiaris; tamen certum est eam a muneribus aliis civilibus non excusare. *L. 3. Cod. de excus. mun. Lib. 10.*

IV. Jam vero et in excusationibus hujus muneris omnibus, animadvertendum est, quiddam esse singulare. In cæteris namque muneribus, si cum munus defertur nondum privilegio locus est, id quandocunque postea incidet, non tribuet vacationem, *L. non tantum, §. is qui, L. tutor petitus, D. de excus.* In judicandi munere contra. Quodcumque enim impedimentum, quæcunque occupatio ex iis quas supra diximus incidet etiam post munus delatum, ejusmodi est qua judex excusetur; quod colligimus ex *d. L. prætor, §. ult.* Illic enim, munere judicandi suscepto, denegatur quidem excusatio ex privilegiis usitatis; sed ita, si judex excusare se velit privilegio quod ante habuit, quasi agnoscendo judicium renunciarit excusationi. Ex quo intelligitur diversum esse si privilegium postea inciderit. Quin immo, ex eo etiam privilegio quod habuit antequam judicium susciperet, excusans se judex audiendus est, si se excuset ante caussam actam. Quod et ipsum ex eodem loco intelligimus; denegatur enim illic excusatio ex eo privilegio, sed hac conditione, si cœperit judex post caussam actam se excusare. Et excusatur quidem judex ex

(2) Quod et Pollet. *d. Cap* 10. *n.* 2. comprobat, quia pariter multacti Senatores qui evocati in Curiam non veniebant. Cic. 1. *Philipp.* Idemque confirmat Broidæ. *in Corollar. ibid.* ex Plutarch. *in Catone minore* et Livio *Lib.* 3. Et quod etiam in arbitrariis cogatur, Menoch. 1. *Q.* 41. Confer Veut. de Valentiis *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 10. *n.* 15. Simanca 2. *de Rep.* 8. Commissarii quoque munus invitus suscipit; vid. Rulant. *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 25. Nec minus consulendi a judice vel partibus requisitus regulariter recusare potest, vid. Pax. Scala *Lib.* 3. *de Consil. sapientis Cap.* 7. Cæterum ex *d. L.* 74. *pr.* refelluntur DD. vulgo putantes jus ferendæ sententiæ non habere, cui cognitio mandata est, vid. Bocer. *de Jurisd. Cap.* 6. *n.* 42. et Scip. Gentil. 1. *de jurisd.* 30.

(3) Vacatio quoque a judicando specialiter aliquando tributa, Plin. 10. *Epist. ad Trajan.* Archippus vacationem petere cœpit etc. vid. Pollet. *d. C.* 10. *n* 4. qui missionem judicum honestam vocat, distinguens ab ignominiosa, cum ex albo judicum eradebantur. Sic in Typographia Jani Jacobi Boissardi *P.* 3 *pag.* 109. monumento aliquo habetur: Cui populus ejus corporis immunitatem sex centuriarum (confer not. *supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 24.) decrevit.

his caussis omnibus; sed non semper uno modo alias excusatur ad tempus, id est ita ut differatur tantum judicium; alias in perpetuum, id est ita ut mutetur judex et judicium in alium transferatur. Differtur tantum judicium, si caussa sic prodest ad excusationem, ut murbus vel occupatio temporaria sit, nec in longius tempus duratura, et ea post caussam actam allegetur: hoc enim posterius exigit Ulpianus in *d. L. prætor*, in fin. dum ita scribit: ***Non debet in alium transferri judicium, si cum captione id futurum est alterutrius:*** et quod intelligat esse conjunctum cum captione alterutrius interpretatur. ***Tolerabilius*** inquit, ***denique est interdum judicem qui semel cognoverit, tantisper expectare, quam judici novo rem judicandam committere.*** Aperte de eo qui caussam cognoverit, loquitur. Vel hinc intelligimus judicem ex supra scriptis caussis omnino excusari duobus temporibus. Uno, si ante caussam actam se excusel, sive impedimentum perpetuum sit, sive temporarium. Altero, si et post caussam actam justa excusationis caussa incidat; sed quæ aut sit perpetua, aut futura sit diuturnior. ***Si,*** inquit idem Ulpianus, ***longius spacium intercessurum erit, quo minus datum operam possit dare, mutari eum jubet prætor*** (4) d. ***si longius D. de judic.***

V. Ut remittunt hæ res judicandi necessitatem, quibus fit ne possit judex operam præbere ad judicandum; ita, si nihil impediat quo minus possit id facere. hoc tenebimus nihil adferre posse cur non rogatur judicare, maxime si jam ante caussam cognoverit. Et primum nusquam lectum est recipiendas esse istiusmodi exceptiones, si quis dicat se metuere potentiam litigatorum, se nolle suscipere eorum inimicitias; nec immerito: alioqui nemo unquam cogetur judicare, quia facile quis dicturus sit se ista metuere. Probabilius de bis dubitari potest, si dicat sibi non liquere de caussa et juret, juste enim metuit religionem; si saltem præsidem consulat, a quo audire velit quod ipsi placeat; hoc enim fortasse levius quam ut denegari debeat. Postremo, si causetur litigatores inimicos sibi esse factos; ob hanc enim caussam receptum est ne cogatur arbiter sententiam dicere. *L. licet, D. de recept.* Sed verius est nihil horum valere ad excusationem. Jurat de caussa sibi (5) non liquere. Probandum est hactenus esse audiendum, ut spacium ei detur ad amplius cognoscendum et pronunciandum: hoc de arbitro qui recepit arbitrium ex compromisso, scripsit Ulpianus in *L. Pomponius*, in fin. *D. de recept.* Proinde de judice multo magis ita dicendum est, utpote in quo necessitas judicandi vel par, vel etiam major, cum sit judicandi munus publicum. Plane, si tribus judicibus datis, duo judicent, et consentiant, unus juret de re sibi non liquere, non eo minus valet quod duo judicarunt, ut scriptum est in *L. Pomponius, D. de re judic.* Sed hoc non eo fit, quia is qui

(4) *L.* 46. *eod.* ubi Cujac. 2. *QQ. Pauli* notat, etsi judex mutetur. *d. L.* 46. et solvatur necessitate judicandi ex caussa morbi sontici, non tamen solvi judicio nec desinere esse judicem, sed manere, ut dicitur *d. L.* 46. Confer Pollet. 3. *Hist. fori* 10. *circ. fin.* qui caussam excusationis aliam peremptoriam, aliam dilatoriam statuit. Et vid. in simili de excusationibus Commissariorum, Rulant. *P.* 1. *Lib.* 2. *C.* 26.

(5) Dissentire videtur Cujac. 6. *Obs.* 27. tum *per d. L.* 36. tum per illa Senecæ 8. *Epistolar.* Aut fer sententiam, aut, quod facilius in ejusmodi rebus est, nega tibi liquere. De hoc juramento aut pronunciatione judicis *non liquere*, ac de ampliatione litis ex hac caussa, ac quid a comprendinatione distet, quando petractare hic locus non est, remitto ad Pollet. 4. *Hist. fori* 15. Coras. *Epist. QQ. C. ult.* Menoch. *Ret. poss. Rem.* 3. *n.* 784. *et seqq.* Duar. *ad tit. D. de judic. fol.* 168 Duath. *ad L.* 1. *de vulg. substitut. n.* 138. Pacian. 1. *de Probat.* 39. *n.* 4. Joach. Steph. 3. *de Jurisd. Judæ. Græc. etc.* 4. *n.* 20. Item Ascon. 3. *Verrina pag. m.* 9. *et seqq.* Fr. Robertell. 2. *Emendat.* 25. *et* 2. *seqq.* Marcell. Donat. *Dilucidat. in Liv. Lib.* 43. Anson. Popma *Lib.* 1. *de Diff. verb.* v. *ampliatio pag.* 33. Cornel. Vitell. *Annot. in Georg.* Merulam. *Cap.* 21. *pag.* 625. *P.* 1. *Thesaur. Critic.* Liquere dici ducta metaphora a rebus fluxis et liquidis, quæ solidioribus magis perspicuæ et dilucidæ sunt, Robert. 3. *Sent.* 2. Sicuti Symach. 1. *Epist.* 37. liquido die pro sereno. Confer *d. N.* 28. *ad Comment. in Tit. Digestor. de jurejuran. Cap.* 13. *n.* 15. Ampliandi autem verbum duo designat, augere et differre. Sic in *L.* 45. §. 1. *de re jud.* amplianda pœna exponit P. Fab. 1. *Semestr.* 4. sustinenda vel differenda. Etsi nisi vetat alio quoque sensu ibi accipi. Ampliationem hanc dilationem non contentionis, sed decisionis vocat Jo. Saresberiens. *Policratici Lib.* 5. *C.* 12. *Nam judicia*, ait, *festinata pœnitentiam pariunt; Unde et Græci* (intelligit, opinor, Græcos suæ ætatis; floruit enim sub Friderico I. anno 1140.) *cum urgentur ad Sententiam, antequam de caussa liqueat, respondent patres suos solem apud antipodas non vidisse, sed expectasse semper, donec illis oriretur. Dicunt enim præproperum esse viatorem qui, antequam Lucifer oriatur, crassis adhuc tenebris luceque remota, diætam aggreditur.* Ita ille.

quiescit non potuerit cogi judicare si necesse esset, sed quia in hac caussa non sit necesse, propterea quod, ut ibidem ratio redditur, *etsi is* qui quiescit *dissentiret, plurium sententia obtineret*. Quod ergo (6) Gellius *lib.* 14. *Cap.* 2. scribit se judicio in quo judex datus erat solus, defunctum esse, quod sibi non liquere jurasset, tolerantia magistratus et litigatorum magis factum est quam quod jure ea ratione defungi liceret.

VI. Si in re perplexa judex præsidem consulat, postuletque ut prius de re consilium impertiat, nihil hoc ad excusationem, si præses recuset id facere, et illum jubeat judicare quod videtur. Potest quidem præses judici de jure dubitanti respondere, idque etiam præsides (7) facere solere Ulpianus scribit in *L. eum quem*, §. 1. *de judic.* sed solent modo, non etiam habent necesse; quod apertius declaratur in *L.* 3. *C. de pedan. judic.* item in *Novel.* 125. *de judic.* Judicibus autem de facto præsidem consulentibus et ejus consilium expectantibus non modo non prodest ea dubitatio ad judices excusandos, ubi præses consilium non impertiat, sed etiam vetantur præsides impertire. Verba de hac re Ulpiani hæc sunt in *d. L. eum.* §. 1. *Judicibus de jure dubitantibus præsides respondere solent; sed de facto consulentibus non debent præsides consilium impertire: verum jubere eos, prout religio suggesserit, sententiam proferre; hæc enim res nonnunquam infamat, et materiam gratiæ vel ambitionis tribuit.* Hæc Ulpianus. In quibus postremorum verborum hæc est sententia. Si de facto præsides consilium impertiant, ea res nonnunquam eos infamat, quia facit ut, quanvis rectum consilium dederint, tamen homines male de his suspicentur, quasi non temere sit quod ita judicent, re non bene cognita. Et, ut secus homines opinentur, tamen hæc potestas consilium de facto impertiendi præbet materiam præsidibus multa ad gratiam et ambitionem, non ex jure decernendi; ad gratiam, cum uni alicui ex litigatoribus bene volunt, aut cupiunt eum sibi demereri, ac propterea id respondent quod pro eo faciat; ad ambitionem, dum aliquid secus quam aliis vulgo videtur respondendo, eo facto famam ingenii et eruditionis quærunt, aut affectant etiam opinionem potentiæ, quoniam facile liceat in caussa facti quidvis decernere. Hæc autem in caussa facti metuuntur, non in caussa juris; quia de facto parum hominibus compertum est: ut non sit difficile statuere aliquid in alterutram partem ita, ut quam recte id feceris aut secus, homines non perspiciant. Jus vero semper certum est aut esse debet, quo (8) minus error aut injuria præsidis in asseritur.

(6) Integritatem Agellii laudari posse. religionem non item, scribit Broidæ. *Supplem. ad Hist. fori* Pollet. *Lib.* 5. *Cap.* 6. *pag.* 447.

(7) Hodie moribus nostris expeditum judicibus, imi cumprimis subsellii et obnoxiæ sententiæ qui sunt, remedium ut acta apud se habita ad collegia Prudentum et dicasteria publica transmittant, qui ex fide eorum quæ probata sunt, sententiam concipiunt. Quod adeo usu per annos plurimos invaluit, ut ea res non arbitrii amplius, sed necessitatis apud nos videatur. Exstat luculentus Tractatus Pacis Scalæ *de Consil. sapientis in forensib. causs. adhibendo in Libb.* 4. *distinctus.* Eadem de materia Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 23. *et Lib. Præsumpt. Q.* 96. Lancell. *de Attent. P.* 2. *C.* 9. Asin. *Praxi* §. 25. Sfortia Odd. *de Restitut. in int. P.* 1. *Q.* 10. *art.* 8. *et seqq.* Vant. de *Nullit. ex defect. jurisd. n.* 146. *usque ad n.* 157. Afflict. *Decis.* 1. licet vero hi Jurisperiti nec ordinarii sint nec delegati. alias post mortem committentis consulere non possent. Scala *d. Tract. Lib.* 1. *C.* 17. Unde quidam sententias horum nomine latas non transire in rem judicatam, veluti ab incompetente dictas, et quandocunque sapientiori rectius judicantium consilio retractari posse, Coras. *in L. admonendi* 31 *de jurejur. P.* 2. *n.* 8. Myns. *ad Cap.* 4. *de Probat. n.* 25. Maranta *P.* 6. *Tit. de Sentent. n.* 130. eorumque opinio communis asseritur. Contra tamen merito statuit Augustus Saxonum Elector *Nov. sua* 26. *P.* 1. ubi vid. Moller. *et Consult. Sax. Tomo* 1. *P.* 3 *Quæst.* 22. *et Tomo* 2. *P.* 3. *Quæst.* 28. Quod et Tessauro *Decis.* 23. *n.* 3. Paci Scalæ *d. Tract. Lib.* 4. *Cap.* 21. probabilius videtur, censenti contrariam communem debili inniti fundamento, cum longe alia prudentum sit ratio, alia peritorum artis alius, veluti medicorum, chirurgorum de vulnere, obstetricum, agrimensorum. etc. Ex quorum relatione prolatas vim rei judicatæ non sortiri, quin comperto errore quandocunque rescindi possint crebriori calculo usuque fori receptum est. De quo vid. Marsil. *Sing.* 427. Reinerus Budel. *Lib.* 1. *de Re monetaria Cap. ult. n.* 28. *et seqq.* Myns. 6. *Obs.* 35. Tessaur. *d. Decis.* 25. *n.* 1. *et* 2. (qui fere in contrarium propendet,) Beust. *ad L. admonendi* 31. *D. de jurejur. n.* 51. *et seqq.* Paciau. 1. *de Probat.* 47. *n.* 85. *et seqq.* (qui toto eo Capite de peritis in arte fuse tractat) Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 4. *Cap.* 12. Gail. 2. *Obs.* 111. *n.* 16. Maranta *Titul. de Sentent. n.* 131. ubi excipit, nisi ex consensu litigantium accepti Quid si periti a se dissentiant? vid. *N.* 3. *Comment. L.* 36. *et seqq. Tit. Digest. de re judic.*

(8) Bella expositio. Nec abludit Forner. 5. *Rer. Quotid.* 11. qui ita: nonnunquam infamat, id est suspectum reddit, sicuti in *L.* 15.

respondendo metuitur, quoniam minus potest latere.

VII. Quod ad litigatorum inimicitias attinet, afferunt hæ arbitro justam caussam cur non cogatur inter hos caussam disceptare aut sententiam dicere, quia operam privatis præbet: qui si inimici sint, non satis digni habentur a quibus hæc opera exigatur. Non eadem ratio judicis: cujus munus cum sit publicum, intelligi debet ejus operam non privatis sed Reipublicæ præstari. Quo fit ut, si quid privatis non debet, non ideo possit detrectare quod a Republica exigitur. Nunc igitur, ut ad rem redeam, judici dato, quandiu operam præbere potest, defugere licebit, ne (9) de re pronunciet.

VIII. Quid tamen dicemus, si, salva religione et conscientia, judicare non possit? Nam id aliquando potest incidere. Propone eum scire, factum esse quod intenditur, quia interfuerit; nullos tamen testes aut non idoneos produci ab actore, aut etiam testes falsos contradicere. Improbe, ut videtur, faciat judex si reum absolvat, et tamen si cogitur judicare, necesse habet secundum regulas juris eum absolvere, *L. qui accusare. C. de eden.* Finge contra falsum esse quod intenditur, idque judicem scire, quia sciat reum secum fuisse alio loco quam in quo fecisse id arguitur, et eodem tempore. Nihilo rectius fecerit, si eum quem scit esse innocentem condemnet. Tamen si falsis testibus probetur factum, et judex judicare cogatur, jure necesse habeat eum damnare. Quid ergo hic dicemus? Idoneam vero hanc esse caussam existimo cur judicare cogi non debeat, dum jurabit (10) id ita se habere. Religionem enim et fidem a judice, non flagitium exigere debemus: neque hoc cum dicimus, quidquam mutamus de ea definitione quam paulo ante posui. Quæ enim, salva religione, non possumus, ea nos nec facere posse credendum est, autore Papiniano *L. filius, D. de condit. inst.*

IX. Demus eum judicem qui non dicat se judicare nolle, sed rem protrahat: quid fiet? Est officium magistratus qui dedit judicem, cogere eum ut quamprimum sententiam dicat, ut arbitrum qui arbitrium recepit, cogit prætor, *L. Pomponius*, §. ult. et leg. sequent. *D. de recept.* est enim magistratus jus reddere. Injuria est autem quod statim possis reddere, id morari, et in aliud tempus differre. Ergo ei præstituet tempus intra quod sententiam dicat, indicta multa ni ita faciat. Non enim videtur cogi posse aliter. Quod si nullum præstituet tempus magistratus, est tamen tempus legitimum quod nec judex, nec magistratus ipse potest excedere, *L. si judex, D. de judic.* ac de eo tempore paulo post. Sed hæc de judice dato dicta sunt.

X. Quid si erit ordinarius judex? Si is sine caussa deneget jurisdictionem, denunciatur ei constitutione Justiniani Novella 86. si res ad Principem delata fuerit, ipsum animadversurum; vult tamen prius adiri Episcopum. Hunc instare magistratui ut jus reddat; quod si non impetret, tum jubet Justinianus Episcopum rem Principi signifi-

§. 22. *de injur.* præbet sinistræ suspicionis argumentum; quo sensu sæpe Rhetoribus *infamis*. Citra suspicionis metum licet de quæstionibus juris respondere, cum leges in thesi positæ sint; facta autem facilius eblanditi suffragii suspicionem inducunt. Et hinc etiam fuit, teste Theoph. *in* §. *prætorum* 7. *I. de jur. nat. gent. et civ.* ut Prætores initio cujusque anni edicta proponerent. Add. Duar. 1. *Disput.* 41. *sub fin.*

(9) Diss. Jan. Langlæ. 2. *Semestr.* 2. *pag.* 102. *et seqq.* ubi scite ostendit probi modestique judicis esse, ut si alteri parti cognatione vel amoris nexu junctus sit, ultro, etsi ab alio non ejuretur, cognitione se exsolvi petat. Quod exemplis ac sententiis veterum confirmat ex Tacito *Dial. de Orat.* Cic. 8. *Philipp.* Liv. 2. *Decad.* 4. Magis itaque idem, si cum altero quid dissidii fuerit, ne expectet dum ab eo rejiciatur. Quo pacto pudori magis suo prospiciet, suspicionemque evitabit. Vix enim est ut non credatur in partes propinqui propensior, inimici alienior, etsi forte ex officio se gesserit, aut secundum hunc etiam litem dederit.

(10) Sed et hoc casu volunt judici ut si religione moveatur, persona judicis deposita, testem se præbeat, Cujac. 12. *Obs.* 19. Hotom. *Ill. Q.* 27. Dominic. Soto *Lib.* 5. *de Just. et jur. Q.* 4. *art.* 2. item ut ad superiorem confugiat et per consultationem conscentiam suam declaret, vid. Scala *Lib.* 3. *de Consil. sapient: Cap.* 13. Sed et omnia hic tentanda judici, si insontem falsis probationibus oppressum noverit, quibus innocentia ejus patefiat. Quod si his remediis uti nequeat judex, etsi Dominic. Soto *d. loc.* velit potius morti adjudicari debere reum, cujus innocentia judici privatim nota, quam ut publica testimonia deserantur, hoc tamen casu ut judicatione potius abstineat tutius satiusque est, vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 14. *n.* 5. *et seqq.* Caussaque ad superiorem remittenda, qui etsi non minus postea condemnet plus credens pluribus quam uni, tamen ita non reus fiet mortis insontis qui ipse, quantum in se fuit, cavit ne insons damnaretur. Si secus continget nihilo plus ei imputandum quam testi uni vere deponenti, si tres alii falsum dicentes ei contradicant etc.

rare per literas, ut sic deinde re cognita, Princeps animadvertat. Faciamus magistratum, quod de judice dato diximus, non aperte denegare jurisdictionem, sed rem differre. Huic rei ita prospexit Justinianus (11) in *L. properandum, C. de judic.* Tempus certum ab eo constitutum est, intra quod placet litem quanque decidi. Et fuit etiam ante eam constitutionem id tempus certum. Nam legitimi temporis quod magistratus in lite dirimenda non possit excedere, mentio est in *d. L. si judex, D. de judic.* Nisi tamen illa verba *ita tamen, ut legitimum tempus non excedant* quæ leguntur in *d. L. si judex*, non Ulpiani verba sint, sed (12) Tribomani responsum Ulpiani ad Justiniani constitutionem revocantis. Utcunque se res habeat, quodnam id tempus fuerit olim, non liquet. Id a Justiniano definitum est, de quo ita constituit: In criminibus, ne caussæ actio (13) biennium excedat; in pecuniariis caussis, ne lis excedat (14) triennium. Nec vult referere qualis sit judex, magistratusne, an privatus qui a magistratu aut Principe datus sit. Duas caussas (15) excipit: Fiscales et publicarum functionum caussas, propter utilitatem publicam videlicet. Hoc in principio legis. Ni intra hoc tempus litem dirimat judex, cavit reliqua constitutione ne esset impune. Atque hæc est in eo ejus constitutionis summa.

XI. Quoniam, non solum fieri poterat, ut staret per judicem quominus lis intra tempus suprascriptum finiretur, sed etiam staret per alios, quorum vel præsentia vel opera in lite necessaria est, ut litigatores, tutores, curatoresve litigatorum, item patronorum caussæ; hos omnes persecutus cavit in singulis quid fieri oportet, si quid fieret per eos quominus lis ad exitum perveniret intra constitutum tempus. In eoque hunc ordinem secutus est: Si per actorem reumve

(11) Ampla hic dicendi seges de remediis contra denegatam aut protractam sive dilatam justitiam. Sed modus instituti non fert hac vice; vid. Myns. 2. *Obs.* 24. *et* 74. *et* 3. *Obs.* 57. *ac* 5. *Obs.* 82. Gail. 1. *Obs.* 28. Ant. Fab. *C. suo t. de appellat. de fin.* 4. P. Greg. *Lib.* 2. *de Appell. C. ult.*

(12) Quod et vult Cujac. *in not. ibid.* nec adeo improbabile videtur.

(13) *L. ult. C. ut intra cert. temp. crim. quæst. termin. Nov. Manuelis Comneni C.* 2. edita a Carolo Labbæo. At cur caussis gravioribus, inquies, brevius tempus indulgetur? Cujac. 17. *Obs.* 23. resp. quia caussæ privatæ multo sæpe obscuriores, Cic. 2. *de Oratore.* Melius alii ex reorum favore statutum esse, ne diutius affligantur, ac interim situ carceris ac squallore conficiantur, Rad. Forner. 3. *Rer. Quotid.* 1. Nicol. Sudor. *Lib.* 1. *Disp. civil. pag.* 24. Et quia exsecutionem non protrahi, et reorum in carcerem impactorum et Principis et populi et omnium denique ad exemplum publice interest, P. Fab. *ad L.* 155. §. *ult. de R. J. pag.* 632. add. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 12. *n.* 19. *et seq.* Tametsi Bodin. 4. *de Rep.* 6. *n.* 464. tardissime ad capitales sententias veniendum esse, tum ne præcipiti temeritate sententia de morte hominis feratur, tum ut vel pœnitentia admissi vel pœna graviori quo longius exacta, aliis fructum de se facinorosi præbeant. Sane festinatio nimia in his tanto periculosior, quanto pretiosior jactura vitæ quam bonorum reparabilis amissio, vid. Jan. Langlæ. 11. *Semestr.* 2. Ast certe *d. L. ult.* tota in favorem reorum accusatorum lata, quippe jubens ni intra biennium reum peragat accusator, ab accusatione illum absolvi: unde et pœnæ in accusatorem statutæ *L.* 1. *et* 2. *C. eod.* leniores tamen aliquanto quam si de rei innocentia constiterit, aut calumnia patefiat. Nam et hic reus ab instantia absolvitur, ac ab alio denuo accusari potest, opinor, cum secus sit si definitive absolvatur, *L.* 7. §. 2. *de accus.* Olim annus fuit. Quomodo *Lib.* 9. *C. Theod. tit.* 36. *ut intra annum criminal. quæst. term.* Cujus vestigium in *L.* 7. *pr. de muner. L.* 15. §. *pen.* (ubi verba *vel biennio* a Triboniano adjecta) *ad SC. Turpi.* vid. Cujac. 1. *Observ.* 8. *et div. temp. præscript. C.* 21.

(14) Quod cum Justinianus se primum præfinire præ se ferat *d. L.* 13. *pr.* cum vel Tribonianum quod Domino suo id falso adscribat arguit Ræv. 4. *Var.* 14. cum ex Sidonio Apollinari (qui vixit tempore Zenonis) *Lib.* 8. *Epist.* 6. constet eo jure ante quoque Romanos usos esse. Sed refellitur a Cujacio 9. *Obs.* 24. Rad. Forner. 3 *Rer. Quotid.* ac Jo. Savarone *Comm. ad Sidon. d. loc.* quia locus Sidonii loquitur de præscriptione 30. annorum et ibi non *triennii* legendum sed *tricennii*. Sed videntur 20. solum dies controversiis civilibus et criminalibus tributi, *L. un.* §. *ult. C. ut om. jud. tam civ. quam mil.* Respon. Sudor. *Lib.* 1. *Disput. civil. pag.* 25. ibi judicis mulctam statui, non litigatorum; nec inde oriri litis peremptionem. Potius dico contineri exceptionem (a regula generali) *d.* §. *ult.* de litibus motis judicibus provincialibus post depositum officium. Qui cum non cogantur manere in provincia ultra 50. dies, intra id tempus et brevius quidem *hujusmodi* (quæ vocula in *d.* §. *ult.* notanda) lites terminandæ.

(15) Quibus sex menses tributi *L. ult. C. de jure fisci.* Cujac. *de Div. temp. præscript. C.* 18. In caussis quoque clericorum tempus brevius, duorum mensium, *Nov.* 83. *præfat.* §. *ult.*

stabit, dum alteruter aberit et sui potestatem non faciet, cavet quid facto sit opus in §. *et siquidem*, et §. *sin. autem reus;* de quo dicam postea opportuniore loco. Si stabit per judicem aut patronos caussæ, deinceps pœnam adversus eos constituit, §. *in illo.* Extremo loco cavet de tutoribus et curatoribus, et hoc constituit ut, si per eos stabit, res geratur adversus pupillum eumve cujus de re agitur, eodem modo quo agi solet adversus cæteros litigatores qui absunt, eundemque isti litis exitum patiantur quem cæteri; id est, ordine edictorum peracto, de caussa cognoscatur et pronuncietur; tum sententia rata sit, nisi ab ea provocetur. Hoc est enim quod Justinianus dicit: Etsi caussa minorum est, lis nihiluminus suum babebit vigorem. Habet lis et instantia suum vigorem, id est suam vim et suum tenorem, cum eodem modo peragitur; itemque valet adversus minores, quo peragitur quodque valet adversus majores. Sed de periculo litis Justinianus ita cavet, ut hoc tutores sustineant, si solvendo sint; si non sint, ut minores qui culpa tutorum, curatorumve victi sunt, in integrum restituantur: hoc in §. *ult.*

Hæc indicare de sententia constitutionis mihi visum est satis. Cætera nullo negotio ex ipsa constitutione peti possunt. Sed exsistit ex ea dubitatio. Jubet Justinianus in initio, ne lites ultra triennium protrahantur. Quid fiet, si lis intra hoc tempus finita non fuerit? Puto (16) finiri instantiam, et ipso jure utrumque ex litigatoribus absolutum esse judicii observatione ita, ut si judex postea judicet, judicatum litigatores non teneat. Ita si de re quis agi velit, novo judicio opus esse argument. *L. non dubium, C. de legib.* Quod ego sic interpretor, si litigatores velint, hunc esse rei exitum: Quod si consentiant post triennium ut judex idem sententiam ferat sine nova interpellatione, et judex sese det, puto sententiam (17) valere, *argum. L.* 2. §. *si et judex. D. de judic.* Etsi enim quod fit contra legem pro infecto habendum est, *d. L. non dubium*, tamen pro utilitate communi constitutum est ut peragatur lis intra triennium. quo celerius sine incommodo litigatores suum consequantur. Id maliciosa interpretatione in eorum perniciem vertere non debemus, *L. nulla, D. de legib.*

(16) Jure Canonico vero instantia omnis perpetua *C. pen. de judic. et simil.* Sarmient. 2. *Select. Interpretat.* 13. *n.* 12. Vestr. *Pract. Rom. Lib.* 3. *C.* 5. Inveteratoque judiciorum abusu dispositio *d. L. properandum* nec in Camera Imperiali, nec in aliis curiis totius, credo orbis Christiani servatur. testantibus Myns. 1. *Observ.* 51. *n.* 8. *et* 2. *Obs.* 48. *et* 3 *Obs.* 44. *in fin* Gail. 1. *Observ.* 141. *n.* 7. Hartm. Hartm. *Obs. mis. C.* 1. *Obs.* 16. Vestr. *d. Lib.* 3. *Cap.* 5. ibique Gravat. *in annot.* Gutierrez. *de juram. confirmat. P.* 3. *C.* 5. *n.* 4. Wesenb. *ad Rub. C. h. t. n.* 46. *et Cons.* 5. *n.* 42. Beust. *ad L.* 1. *D. de jurejur. n.* 81. Frideric. Schenck. L. Baro a Tautemberg. *Progymnas. fori Lib.* 2. *Tit.* 14. Jo. Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Camer.* 16. *n.* 2. *et Tomo* 4. *Decis.* 22. *n.* 36. Quotquot denique cujuscunque gentis, cui modo juris nostri sua constat auctoritas, auctores de bac materia instantiæ, ut ea currat vel perimatur, ad successores transeat etc. tractant, idem agnoscere videntur. Tractant de ea præcipue (quid enim referrem eos qui perfunctorie?) Anton. Sola *in Constit. antiq. Sabaud. rubr. de judiciis decreto ad caussarum Castillo Contr quotid. Cap.* 9. late Joan. Bapt. Asin. *Praxi judic. princip.* §. 1. *et* 2. Gutierrez. 2. *d. P.* 3. *Cap.* 5. Menoch. 1. *Arb. Q.* 21. *et seq. et Recup. possess. Remed* 1. *n.* 229. *et seq.* Blarer. *in L. diffamari Cn.* 9. *n.* 6. *pag.* 268. *et seqq.* Vant. *Titul. de Nullit. ex defectu jurisd. n.* 115. *usque ad n.* 128. Odd. *de Restit. in int. Q.* 67. *Art.* 1. Myns. 3. *Observ.* 44. *et seqq.* Afflict. *Decis.* 346. Grammatic. *Decis.* 69. *et* 91. Sixtin. *Cons. Marpurg.* 10. *Vol.* 3. Instantia a lite quid differat, vid. Don. *ad L.* 4. *C. de pact. n.* 6. Quanquam vero triennium istud nimis breve putet Frid. Schenck. *d. Tit.* 14. tamen si judiciorum ordo prisco vigori et nitori restitueretur, satis id longum foret. Verum, ut nunc res sunt, id vix sperare integrum.

. . . . *Sero etenim medicina paratur.*
*Cum magna per longas invaluere moras.*

vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. Ubi *C.* 15. quibus artibus hodie lis extrahi possit, quæ utinam non nimis notæ essent tabulariis, et *C.* 16. caussas speciales litium protelationis in Camera imperiali percenset, ob quas id tempus in boc rerum statu servari impossibile.

(17) Ita Walther. 1. *Miscell.* 20. consensu partis utriusque instantiam prorogari posse. Contra Hot. *ad d. L.* 13. quia magis hoc pro communi utilitate statutum, quam commodis privatorum. Perempta instantia, an maneat effectus litis contestationis quoad perpetuationem actionis, vid. Nicol. Valla de *Reb Dub. Tr.* 15. Gifan. *ad L.* 33. *de O. et A. n.* 7. qui negant.

## CAP. II.

Judicare quid sit, judicem in judicando id servare debere quod jus et leges jubent; ac quid fiat, si jus scriptum videbitur pugnare cum æquitate; quid sit jus, quid æquitas, *ad L. placuit, C. de jud.*

*Judicare esse idem quod controversiæ finem imponere condemnatione vel absolutione.* I.
*Quilibet judex sive magistratus judicare debet, prout jubent leges aut mores.* II.
*Ubi jus scriptum ab æquitate dissentiat, hanc illi præferri oportere,* L. placuit 8. C. de judic. *exponitur.* III. V. VI. et seqq.
*Propositum auctoris. et ordo rerum.* IV.
*Quid sit jus, quid æquitas; quid hæc ab illo distet, illustratur exemplis.* V.
*Superiori definitioni contraria diluuntur.* VII. VIII.

I. Postquam convenit ita esse judicis judicare de qua re cognovit, ut eum jure id facere oporteat; reliquum est videamus quid sit judicare, ut sciatur quid judici eo verbo injungatur; tum nunquid sit quod eum in judicando observare conveniat. Judicare dictum esse vult Varro a jure et dicendo, ut sit jus dicere de re controversa. Apertius Modestinus in *L.* 1. *D. de re jud.* quid contineretur hoc verbo declaravit. Etenim rem judicatam esse definiens eam quæ finem controversiæ accepit pronunciatione judicis, satis ostendit rem judicare esse pronunciare seu sententiam ferre de re controversa ita, ut ea pronunciatione et sententia, si quid eam sequi velit, finis liti et controversiæ imponatur. Ut autem res finem accipiat controversiarum, Modestinus eodem loco docet ita contingere, si judex reum condemnet aut absolvat. Et hoc est jus dicere, quod eo verbo contineri Varro dicit. Est enim juris jubere aut vetare. *L.* 2. *L. legis, D. de legi.* Judex autem condemnando jubet reum dare aut facere quod petitur; absolvendo, ab eo peti vetat; atque hoc modo quasi jus statuit. Sed ut imponatur finis controversiæ fit etiam hoc pacto, si etiam rem judex aut quantitatem dicat, in qua reum condemnet. Nam quæ sententia incerta est, ea non dirimit controversiam, sed eam quæ est relinquit vel auget etiam. Sed de hac definitione dixi exactius ad *L.* 1. *D. de re jud.* Hæc vero duo quæ dixi modo, ita sunt propria judicii et sententiæ, ut non modo sine his non sit sententia, (ex quo illa: non valere sententiam quæ condemnationem vel absolutionem non continet, *L.* 3. *C. de senten. et interloc. omn. jud.* Item, sine certa quantitate factam comdemnationem rei judicatæ auctoritate non censeri, *L. penult.* et *ult.* et *tot. tit. C. de senten. quæ sine cer. quantitat. prof.*) sed etiam hoc vice versa valeat, ut si hæc duo interveniant, tum intelligatur sententia dicta esse, et res judicata. *d. L.* 1. *D. de re judic.*

II. Sed male se res habeat, si permittatur judici ut quo velit modo ita judicet et sententiam ferat. Itaque refert jure et qualem sententiam dicat et quomodo dicat, idest quo ritu quibusve adhibitis solemnibus; de qua re demum dicam libro horum commentariorum ultimo, Capite 3. Nunc in genere sententiæ hoc exigitur ut juste judicet, idest ita ut (1) jus et leges jubent. Non enim

(1) Ac perpluribus locis jubentur secundum leges judicare, *Nov.* 24. *C.* 2. *Nov.* 25. *C.* 2. *princ.* et §. *ult. N.* 26. *C.* 3. *N.* 79. *C.* 1. *N.* 86. *C.* 1. *et C.* 3. *in fin. Nov.* 113. *præfat. et C.* 1. *pr. ac* §. 1. *et C.* 2. *N.* 125. *C.* 1. *Nov.* 149. *C.* 1. Quod et districte ac gravi pœnæ comminatione præcipitur in constitutione Leonis et Alex. *Impp. Orientis.* Hinc judices in leges jurabant; vid. *supra Lib.* 24. *C.* 3. *N.* 3. Scite Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. ita judicari oportet ut lex ipsa, si loqui posset, judicaret; ut lex quasi anima judicis, judex quasi vox legis: add. *not. h. C. N.* 5. Ex jure itaque certo, quoad ejus fieri potest. litem judex dirimat. Ubi primo leges muncipales ac constitutiones provinciales, si quæ ad propositam caussam pertineant, attendat. Gail. 1. *Obs.* 36. *n.* 12. *et seq.* vid. Ant. Sola *ad constit. Sabaud. Proœm. decretor. gl.* 4. (Ubi *n.* 50. quod tantum possit L. municipalis apud suos subditos quantum universalis in toto orbe) Gutierrez. *de juram. confirmat. P.* 1. *Cap.* 70. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 42. *et seqq.* Forner 1. *Select.* 13. ubi errare ostendit qui usum populi ac consuetudinem pro lege municipali censent. Sed si jus commune corrigant, stricte interpretandæ, nec facile protrahendæ ad casus similes, ut DD. vulgo, Alb. a Rosate *Lib.* 1. *de Statut. Q.* 9. Gail. 2. *Obs.* 33. *n.* 9. Schrad. *de Feud. P.* 7. *Cap.* 5. *n.* 67. quibus contradicit Duar. *ad L.* 3. *de acq poss.* licet mi-

temere est quod exigitur, ut ante omnia caussam cognoscat. Hoc sine dubio eo spectat ut, re bene cognita, ita deinde judicet ut rei cujusque qualitas postulare videbitur.

nus apte inde stricti juris vocitentur, Turamin. *Lib. sing. de Legibus P.* 3. *C.* 5. *n.* 17. *et seqq.* cum distinctio bonæ fidei et stricti juris actionum et contractuum propria nulli legi communi vel particulari conveniat etc. Ut tamen ita interpretatio fiat, ne sit supervacua, sed ut aliquid ultra juris communis dispositionem operetur, post alios Schrad. *d. P.* 7. *C.* 4. *n.* 53. *et C.* 7. *n.* 35. nisi exinde quis indebite læderetur, ubi potius esset ut superflua sit quam captiosa et injuriosa, Gail. 2. *Obs.* 33. *n.* 7. sed et in iisdem usus loquendi prævalet propriæ significationi, Tiraquel. *de Retr. lign.* §. 2. *gl.* 1. *n.* 5. *et* 6. Sichard. *ad L.* 1. *Cod. de jurejur. cal. n.* 12. *et seq.* Gail. 2. *Obs.* 79. *n.* 5. Post hæc consuetudines locorum ubi vigent observandæ, text. *L.* 3. *Cod. de ædific. privat. Cap.* 3. *de eo qui mitt. in poss.* Schurf. *Cent.* 3. *Cons.* 51. *n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 36. *n.* 12. *et seqq.* Meichsner. *Tomo* 4. *Decis. Cam.* 27. *n.* 21. *et seqq.* Et juxta eas judicandum si notoriæ, etsi non allegatæ, Gail. *d. Obs.* 30. *n.* 10. *d. Cap.* 70. *n.* 3. Quia ait *ibid. n.* 6. quod notorium, etsi non probandum, allegandum tamen sit, procedit ad finem prosequendi, non ad finem notitiæ quæ alias habetur, add. *not. supra Lib.* 18. *Cap.* 4. *N.* 5. Ubi autem non notoria sententia contra lata jure non est nulla, Alb. a Rosate, *Lib.* 2. *de Statutis, Q.* 195. Bald. Perusin. *Tr. de Statutis v. Judex n.* 4. Ortof. Forman. *Disput. Instit.* 36. *Thes.* 1. *lit. B.* Doctori de consuetudine asserenti an credatur, vid. Myns. 6. *Obs.* 68. Differt autem a consuetudine stilus judicii seu Curiæ qui nihil merita caussæ attinens, in ordine judicii moderando et exercendo versatur, ut post Decian. *Lib.* 1. *Consil.* 11. *n.* 161. Jacob. Schult. *Obs. forens.* 6. *n.* 1. Ejusdem vero observandi necessitatem non minorem judici injungunt, ut præter citatos a Schul. *d. Obs.* 6. *n.* 2. *et* 3. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 297. *et Lib.* 3. *Decis.* 401. *n.* 32. Anton. de Gamma *Decis.* 17. *n.* 7. ubi quod vim legis obtineat et quod faciat jus ubi lex non reperitur contraria. Fr. Curt. *senior. Cons.* 65. *n.* 19. quod pro lege allegari possit et det formam quæ omitti non debeat; Jo. P. Surd. *Lib.* 2. *Decis.* 135. *n.* 2. Et plura de eo Guid. Papæ *Dec.* 198. Menoch. 7. *Præsumpt.* 8. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 2. *Decis. Cam. n.* 3. *n* 33. Quæ autem necessaria ad probandum stilum Curiæ vid. Peregrin. Jannin. *Lib.* 1. *de Citat. reali Cap.* 1. *n.* 72. *et seqq.* Ex horum neutro si lis dirimi possit, veniendum ad jus commune. Enimvero etsi in ditionibus his, cessantibus statutis locorum et constitutionibus provincialibus, prior ratio juris Saxonum communis; non tamen aliter id observari quam quatenus usu Curiarum receptum est, ut vera ejus cognitio magis ex praxi forensi quam libris vulgatis addiscatur, monet post Hart. Pist. *Par.* 1. *Q.* 16. *n.* 11. et alibi Coler. *de Process. exsec. P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 20. Jac. Schult. *Obs. forens.* 54. *n.* 19. *et Q. pract.* 2. *n.* 17. And. Scheffer. *P.* 2. *Q. pract.* 14. Jac. Aleman. *Consult.* 2. *pag.* 78. *et Cons.* 6. *pag.* 299. Et ubi obscurius, juxta jus commune interpretandum, *Nov. Elect.* 45. *P.* 2. Confer de juris Saxonici origine etc. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 8. Jus commune dum dico, constitutiones quoque Imperatorum nostrorum novissimas et recessus imperii ac Comitiorum etc. comprehendo. In quorum defectu, demum ad libros juris Justinianei judicanti recurrendum, de quibus *supra Lib.* 1. *C.* 11. Quod jus commune et alii qui superiorem hodie Imperatoribus non profitentur vocant, vid. *supra Lib.* 1. *Cap.* 16. *N.* 7. et nos fortiori ratione, quod a Lothario Saxone Imperatore restitutum sit et a sequentibus Imperatoribus comprobatum. Pari vero loco non habendæ *Novellæ Leonis*, tum quod non pariter restitutæ a Lothario, tum quod in imperio Occidentis vim legis nunquam habuerint. Ant. Guibert. *de Sponsal. Cap.* 2. *n.* 18. Gœd. *de Contr. stip. C.* 6. *n.* 274. Nam alius eo tempore Occidentis imperio præfuit σύγχρονος Leoni Carolus Crassus, vid. Cuspianum *in ejus Vita et histor. Carionis.* Ad hæc eædem nec apud suos subditos satis valuerunt, Cujac. 17. *Observ.* 31. Sc. Gentil. 4. *de Don. int. vir.* 13. cum multa in illis fiducia Philosophiæ temere innovata sint, Gœd. *d. loc.* et Albert. Gentil. 2. *Lect.* 2. *et* 1. *de Nupt.* 6. qui corruptas sæpius esse leges Justiniani quam correctas judicat, quod rationem earum Leo non perceperit. Ita enim Mich. Attalitta *Synopsi post. rit.* 95. *fol.* 77. Novellas complures edidit (Leo Imperator) sed robur nullum obtinuerunt, præter illas quæ legibus aliis non exstantibus scriptæ, vel in appendicem prætermissorum in Novellis Justiniani factæ. Verba Græca refert Cujac. *d. Cap.* 31. Nec tamen dicendum est ac si eæ quæ jus vetus explicant aut supplent, auctoritatem juris apud nos etiam habeant, ut velle videtur Cujacius. Defecit enim omnimodo sancientis potestas, qui leges non subditis nunquam dixit nec potuit, *L. ultim. de jurisdict.* Nec ad aliud igitur nobis prosunt quam ad illustrandum et interpretandum quandoque locos obscuros. Quod idem de libris Βασιλικῶν quorum idem Leo auctor, Cujac. 6. *Obs.* 9. judicium est Gœddei *ad Rub. de V. S. n.* 31. *et* Val. Guid. Forst. *in Delineatione auctoritatis juridicæ.* Minus tribuendum Paraphrasi Institutionum Theophili. Quem etsi valde commendent Cont. 1. *Disp.* 1. *n.* 1. *et* 2. *Subsec. Lect.* 1. Cujac. 27. *Obs.* 22. *et* Christoph. Hegendorfin. *Epit. tyrocin. civilis*, pro commentatore tamen solum optimo venditant. In quo ipso tamen aliis, haud scio an non ex merito, aliud visum est Connano 2. *Comm.* 15. *n.* 13. *et* 9. *Comm.* 7. *n.* 4. Ant. Aug.

Quod tamen initio nobis constituendum videtur, primum quia sunt qui dubitent de majoribus: deinde quia exsistit interdum dubitatio quid fiat, si jus scriptum pugnet

4. *Emend.* 8. Claud. David. *Velitat. legali ad* §. 1. *I. de jure nat. gent. et civ.* Curt. 2. *Conject. ad fr.* 49. Neque enim is est qui socius Triboniano, sed auctor recentior, ut A. Gentil. 5. *de Nupt.* 11. et Christoph Milæus *de scribenda universit. rer. historia Lib.* 5. *pag.* 381. qui ad Michaelis Duræ Imperatoris Græco-romani tempora eas Institutiones refert. Sicuti et Harmenopulo aliisque Græcis interpretibus fidem in pluribus plerique derogant, Don. *de Præsc. verb. C.* 22. *n.* 4. *et ad Rub. D. de cond. tritic. n.* 9 Hotom. *ad L.* 1. *C. de jud.* Forner. 2. *Select.* 18. *in fin.* Muret. *Observ. jur.* 2. Ræv. *ad L.* 3. *de R. J.* Forst. junior. *de Pract. C.* 8. *pag.* 255. *et in Delineat. auct. jurid.* Contra quam Cujac. passim. P. Fab. *ad L.* 161. *de Re J. pag.* 669. Mercer. *in Conciliatore pag. m.* 705. Nec nimis quoque indulgendum iis qui fragmentis C. Theodosiani, Gregoriani etc. ac quæ iis adjuncta habentur ad emendationem librorum juris Justinianei nimiopere utuntur, licet usus moderatus admitti possit Auctoritas vero juris iis nulla in litibus definiendis, uti nec reliquiis ex Ulpiani titulis et Pauli sententiis. Quos et pro collectaneis ab anonymo congestis, nec genuinis operibus Ulpiani et Pauli habet P. Greg. 42. *Synt.* 20. *n.* 4. Etsi illas (Ulpiani) genuinas censeat Pithœ. *in Not. Lib.* 2. *Collat. LL. Mosaic.* Has autem (Pauli sententias) ita ab epitomatore deformatas esse, ut si cum his quæ in Pandectis sumptæ sunt ex eodem libro conferantur, diversæ omnino videantur, scribit Cont. 1. *Subtec. Lect.* 4. *n.* 5. Nec Caii Institutionibus, de quibus quid habendum, vid. *not. supra Lib.* 4. *Cap.* 36 *N.* 2. Utut genuina opera essent, auctores privatos habent, non legislatores. Multo minus Poetarum aut Philosophorum sententiæ et præcepta ethica vim legis obtinent, ne quidem in casibus per leges non decisis, ut contra Paul. Castrens. Forster. junior *supra de Delineat. auct. jurisdict.* etsi non improbandum eorum studium, qui ad illustrandum jus nostrum ejusque principia moderate adhibent. Nunquid autem et rubricæ ad decisionem caussarum allegari possint, et quando: cum nempe a dictione *ut* vel *ne* incipiunt, (non si a verbo *an*) et cum perfectam orationem habent, ubi et capita subjecta (nigrum vocant.) dilucidationem ex rubro accipere notant, vid. Bald. Perusin. *Tr. de Statutis* v. *Rubrica*, Sneidvin. *in Rub. I. de act. n* 9. *et n.* 11. *et seqq.* Speckh. *Cent.* 1. *Q.* 92. Beust. *ad Rub. D. de jurej. n.* 27. Turamin. *ad L. non puto* 10. *de jure fisci P.* 1. *C.* 4. *n.* 35. Rubrica vox illatina non est, ceu putat Vacon. 5. *Declar.* 65. quippe usurpata olim Persio *Sat.* 5. v. 96.

. . . . . . *Masuri rubrica notavit.*

Prudent. *Lib.* 2. *contra Symmach.* Quintil. *Lib.* 12. *Cap.* 3. vid. Turneb. 4. *Adv.* 5. item Sidonio *Lib.* 7. *Epist.* 12. *et Lib.* 8. *C.* 6. peremptorias rubricas vocanti et jurisconsulto Paulo *L.* 2. §. *ult. de interd.* Dicta quod titulus cocco aut minioruberet, Cujac. *ante Parat. D.* Turneb. *d. C.* 5. Casaub. *Comm. ad Pers. d. loc. pag.* 418. Joan. Savaro *Comm. ad Sydon. d. Epist.* 12. sive quod veteres colore phœnicio titulos notarent in honorem Phœnicum qui inventores litterarum, ut Rain. Cors. 2. *Inlag.* 12. sive ut viderentur leges sanguineum quiddam et horrendum minari, ut Christoph. Coler. *Parerg. C.* 37. Plane in rubricis quædam sæpe omitti, quæ ex superioribus titulis intelligi debent, notat Duar. *ad Tit. D. de vulg. et pup. C.* 1. Ex. gr. *de confessis* scilicet in judicio, de *pollicitationibus* scilicet quæ Reipublicæ caussa fiunt, et *in Cod. de verbor. signif.* scilicet in testamentis etc. Postremo de legibus Mosaicis quæri posset an et quæ illis in nostro foro auctoritas. Nulla fere aut modica, nisi si in novo fœdere repetitæ, vel per legislatorem approbatæ. Quo de vid. Menoch. *Arb. Cap.* 290. *n.* 10. *et Cap.* 357. *n.* 17. Tiraq. *de utroque Retr. in Præfat. n.* 8. *et seq.* Balduin. *in Prolegom. de Jure civili*, Joach. Steph. 1. *de jurisd. Judæ. Græc. et C.* 10. *n* 45. Gœd. *de Contr. stip. C.* 7. *n.* 292. *et seqq.* Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 35. item alii: fuse Dominic. Soto *de just. et jur. Lib.* 2. *toto.* Min. Cels. *de Hæret. cap. supplic. non affic. Sect.* 8. *p.* 183. *et seqq.* Danæ. 5. *Polit. Christ.* 2. Jo. Gerhard. *Polit. QQ. Decade* 5. *Q.* 7. Num caussæ Judæorum juxta illas an Romanas LL. judicandæ Tiraq. *de jure primigen. Q.* 66. Laurus de Palatiis *Comm. super. Statut. exclud. fœm. n.* 253. *et seqq.* Joan. Petr. Surd. *Decis.* 133. Speckhan. *Cent.* 2. *Class.* 1. *Q.* 18. Satis de his. Quid si jus certum deficiat? A communi opinione non facile discedendum judicavi. Cui tantum quidam tribuunt ut, si contra judicaverit, litem suam facere ac parti læsæ teneri ad interesse censeant post alios citatos Wes. *Cons.* 88. *n.* 25. Freher. *Lib.* 1. *de Fama Cap.* 2. *n.* 10. add. Toning. *Decis.* 23. *n.* 15. Rebuff. *Privil. scholar.* 72. Suartzenth. *ad L. nemo, C. de sent et interl. n.* 108. *et seq.* Lanc. Conrad. *de Off. præt. in cau. civ.* v. *Sententia n.* 21. *et seq. et n.* 32. *ac* 2. *seqq.* et ad hoc plures allegat Ja. Schult. *ad Mod. Pist. P.* 3. *Q.* 126. *n.* 18. Quod ipsum tum juris auctoritate comprobari potest. *L.* 1. *in fi. pr. de off. Q. L.* 4. *pr. de his qui not. inf. L. ita* 51. *pr.* verb. *dicitur vulgo ad L. Aqui. L.* 12. §. *sed si* 27. *de instr. leg.* verb. quam sententiam quotidie increbescere et invalescere videmus. *C. sunt nonulli* 25. v. *tantorum patrum Cap* 16. *Q.* 1. *C. ne innitaris* 5. *de Constit. C.* 1. *ibi non lege etc. Extra. de decimis C.* 2. *ibi:* du-

cum æquitate. Et officio judicis in hac re ita diserte scriptum est in principio tituli de officio judic. *Et quidem imprimis illud observare debet judex, ne aliter judicet quam*

ctorum patrum sententiam teneat, *Extra. de presbyt. non baptiz. C. novimus* ibi: opinio a pluribus approbata *de V. S. et simil.* tum evidenti ratione et utilitate non caret. Quippe facilius veritas invenitur. quam plures perquirunt et investigant *L. ult. C. de fideicom. C. ult. dist.* 20. et integrum judicium habetur, quod plurium sententiis comprobatur, *Clem.* 1. vers. *quod etiam, de sent. excomm.* Atque ut Arist. 3. *Polit.* 11. sicuti cœna collatis plurium symbolis apparata melior quam quæ unius erogatione, ita judicium multorum peritorum et expertium de operibus artis suæ acrius meliusque cum in unum omnes collati, veluti unus homo, sed cui plures oculi, manus, pedes sensusque considerentur. Id quod de jure nostro præcipue dici poterit. Cum enim et ejus principia a ratione naturæ. quæ omnibus communis, ducantur ac profluant. et contentiones istæ juris controversi ad eadem, quoad ejus fieri potest, reducendæ sint, quantumvis magna ingeniorum ac judiciorum sit diversitas, indeque opinionum varietas, si tamen plures primæ notæ et nominis, bene a natura, melius a doctrina instituti et effecti idem sentiant, tutius iisdem quam singulis contra nitentibus credi probabile est; add. Mercer. *in Conciliat. p.* 746. *et seq.* Toming. *Decis.* 23. *n.* 16. Langlæ. 7. *Semestr.* 10 *pag.* 371. Verum hic tum cautio adbibenda in recte definienda comuni opinione. Quæ non utique omnino ex numero opinantium æstimanda, sed auctoritate ac pondere melioris notæ primique nominis interpretum ducenda, Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 51. Menoch. 2 *Præsumpt.* 71. *n.* 40. *et seq.* Pacian. *Cons.* 33. *n.* 4. Georg. Mor. *de jure venandi P.* 1. *C.* 2. *n.* 7. Raudens. *Decis.* 1. *n.* 12. Neque hic in calculo ineundo qui quid obiter ac perfunctorie attigerunt, aliorumque opinationes nude secuti, easve incidenter ad aliud propositum accommodaverunt, numerum augere dicendi, sed qui re discussa et examinata, in aliquam sententiam devenerunt. Probatiorque existimanda quam 6. vel 7. materiam istam plenius et ex professo tractantes prodidere, quam quæ a 50. aliis. sola fere auctoritate priorum nixis asseritur, vid. Alc. 4. *Parerg.* 12. Alb. Gentil. 3. *Lect* 17. Menoch. *d. Præs.* 71. *n.* 40. Jo. P. Surd. *Decis.* 322. *n.* 82. H. Pist. *Lib.* 3. *Q.* 23. *n.* 35. *et seq. et Lib.* 4. *Q.* 19. *n.* 18. Confer Jacob. Cruquium *in Præfat. Ræv. Triboniano præfixa.* Hoc modo si æstimatur, jure meritoque ei in judiciis sua constat auctoritas, nec est quod quisquam de eo juste queratur, nisi eandem non speciosis et subtilibus argutis impetere (quid enim est in universo jure quod impeti ita nequeat?) sed evidentissima legis aut certissima rationis auctoritate evertere possit; de quo mox. Plures enim certo judicio rem expendentes labi et errare difficilius quam pauciores, tutiusque et ut Plin. *in Paneg. melius omnibus quam sigulis creditur.* Ceterum si communis absolute dicitur cui plures quoque modo adstipulatores, de ea haud iniquæ multorum querelæ. Quomodo Zas. *in L.* 2. *de O. I.* et ex eo Contard. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 113. communes ex favore conspirato prodiisse, dum quæ ab aliis scripta, negligentia non expendentes aliis tradidere, et hi item aliis, ut non tam ex animi ratione quam alienis vocibus colligantur. Et Greg. Lopez. *Præfat. Lib. sing. animadv. et C.* 7. *n.* 1. dum transferendis aliorum sententiis paginas impleruunt Doctores, inde comunes opiniones plerasque et sæpe falsissima ortas esse, quæ leges in potestatem suam perduxerint. Turamin. *ad L. non puto* 10. *de jure fisci P.* 1. *C.* 3. *n.* 22. deplorandam miseriam vocat, quod in numeratione librorum, non argumentorum examine novissimorum industria versetur. Quomodo et olim Dec. *Cons.* 194. et ex eo Contardi *d. n.* 113. Aug. Matthæac. *Lib.* 2. *de Via juris C. ult. n.* 9. et Georg. Mor. *de jure venandi P.* 1. *C.* 2. *n.* 7. quod DD. instar ovium ad præcursum, aut avium ad volatum anterioris. alii alios sine judicio sequantur. TUM MODERATIO. Nam etsi ita, ut superius, acceptæ non vilis auctoritas, non tamen usque adeo sui ralitura momento, ut aut legem vincat aut rationem. Sæpissime enim maximo consensu nostrorum traditum est ejus quæ evidenter falsa, quæ lege convinci aut ratione meliori urgentique ac vehementi convelli potest, rationem in judicando habendam non esse, Pinel. *in L.* 2. *C. de resc. vend. P.* 2. *C.* 4. *n.* 43. Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 10. *n.* 3. Scala 4. *de Consil. sap.* 24. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 24. Jac. Omphal. *Lib.* 6. *de Usurpat. legum C.* 11. Georg. Mor. *de Jure venandi P.* 1. *Cap.* 2. *n.* 6. Matthæac. 2. *de Via jur. ult.* Petr. Aug. Morla. *Emporii jur. Parte* 1. *Tit.* 2. *Q.* 5. *n.* 6. Contard. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 113. Coler. *d. Process. P.* 1. *Cap.* 6. *n.* 91. *et P.* 4. *Cap.* 1. *n.* 36. *et seq. et Cons.* 8. *n.* 105. Wesenbec. *Cons.* 2 *n.* 5. *et* 6. H. Pist. *Lib.* 3. *Quæst.* 28. *n.* 23. *et seqq.* (addens etsi Imperator ipse sit in contraria sententia. argum. *L.* 38. *de minor.* siculi et Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 13. *n.* 33.) Viv. *Lib.* 4. *Decis.* 424. *n.* 3. Raudens. *Decis.* 1. *n.* 118. Gail. 1. *Obs.* 133. *n.* 6. Toming. *Decis.* 4. *n.* 12. *et Decis.* 48. *n.* 12. *et seqq.* Andr. Gold-becc. *de Success. Geradæ Sax. Tit. de Success. cognat. descend. n.* 33. Atque hæc ipsa est communis, quod pauciorum aut singularis opinio fortiori ratione subnixa communi potior esse debeat, testantibus Curt. Jun. *Cons.* 63. *n.* 3. *et Cons.* 160. *n.* 11. Gravat. *ad Pract. Vestrii Lib.* 4. *C.* 5. *lit. A.* Turamin. *ad L. non puto* 10. *de Jure fisci P* 1. *C.* 3. *n.* 21. *et seq.* Cui ipsius Imperatoris Justiniani judi-

*quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est.* In Novel. 115. *ut cum de ap.* *eoq.* §. 1. *et in Authent. jubemus, C. de jud.* hæc item verba sunt: *Caussæ cognitor non*

cium suffragatur *Constit. Deo auctore* §. *sed neque ex multitudine* 6. *de concept. Dig.* ut et Pontific. Clementis III. *C. cappellanus* 3. *Extr. de feriis* facit *C. ult. distinct.* 9. Neque tamen hæc ita accipienda, ut lusoria fiat receptæ opinionis auctoritas, tanquam judex contra eam pronuncians audiendus sit, si nude asserat se meliori ratione victum illam posthabuisse. Neque eo ipso innovatoribus, qui ea quibus certa semper constitit interpretatio, immutare temeraria fiducia nituntur, quidquam tribui censendum est. Plane cum fere in scholis nascantur, pubescant, crescant, senescant, intereant communes opiniones quæ exinde in judicia exeunt; inde evenit, ut juxta temporum varietatem varieut, et quæ prius adversa communi, postea fiat probatior, ex Mar. Salomon. *in Repet.* §. *responsa* 7. *Instit. de Jur. nat. gent.* Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 4. Mathæac. 2. *de Vin jur. ult. n.* 8. Petr. Heig. *P.* 1. *Q.* 26. *n.* 46. Quid si in varietate sententiarum nescitur quæ sit communis? Sæpius enim de eo contestationes et testificationes discrepantes. Sunt qui casus pro amicis hic statuant, ut judici gratificari liceat uti maluerit, Lancell. Conrad. *de Offic. præt. in causs. civil. v. Sent. n.* 28. Neviz. *Sylv. nupt. Lib.* 5. *n.* 74. Quod rum exemplo pessimum sit, religiosior erit judex si, omni affectu seposito, opinionem hic eam quam rationibus hinc inde collectis veriorem ipse putat, præferat, Menoch. 2. *Præs.* 71. *n.* 38. Gail. 1. *Obs.* 153. *n.* 9. Confer Stiatic. *Obs. pract. C.* 23. *n.* 11. *et seqq.* Quod si in conflictu illo ambigat utram in partem deflectendum sit, melius erit per mediocritatem caussam dirimere, argum. *L.* 40. *et seqq. de her. inst. L.* 7. *Ut Leg. seu fid. ca. cau.* Quod de Langlæ. 5. *Semestr.* 4. *p.* 230. Menoch. 1. *Arb. Q.* 53. *n.* 10. *et Q.* 56. *et Retin. poss. Remed.* 5. *n.* 755. *et sequentib.* Tessaur. *Decis.* 89. Fr. Munnoz. *Variar computat. C.* 9. *n.* 6. *et* 7. Asin. *Tr. de Execut.* §. 3. *C.* 137. Plane et in decidendo opinio per distinctionem alias contrariantes componens præferenda, argum. *L.* 7. §. 7. vers. *est autem de acq. dom* Asin. *Praxi* §. 4. *C.* 10. *n.* 9. Menoch. 2. *Præs.* 71. *n.* 47. Spectandum item quibus locis opiniones illæ proditæ. Sive enim alii ab aliis, sive iidem, quod non rarissimo a seipsis discrepent, etsi haud desint qui majorem consiliis fidem tribui debere volunt, quod consulendo dicta magis sint appensa et digesta, Neviz. alios allegans *d. Lib.* 5. *num.* 26. Danth. *in Prolegom. de studio jur. sub. fin.* longe tamen et tutius et probatius aliorum judicium qui tractatus ac Commentaria, item prælectiones præferunt, cum hic omne partium studium, ærisque ac quæstus cupiditas cesset: cujus tamen ratione sæpius consulentes magis quam veri studio ducuntur, leges in ambabus manibus, ut Cravetta loquitur, circumferentes, unde tanta eorumdem variatio ac inconstantia, ut quod Cicero de quibusdam Philosophis, in illos non injuria dici possit: nihil tam absonum et inconsentaneum dici posse, quod non reperiatur apud illorum aliquem prolatum, ut Marq. Freher. 2. *Parerg.* 6. *in fin.* vid. Cravetta *de Antiquitat. tempor. P.* 1. §. *propositum* 3. *n.* 48. *et P.* 4. §. *materia n.* 28. *p. m.* 206. Myns. 6. *Obs.* 60. (qui de supremæ Curiæ judiciu attestatur) Hartman. Pistor. *Lib.* 3. *Q.* 20. *n.* 25. Virgil. Pingitz. *Q.* 53. *n.* 51. Ventura de Valentiis *Parthen. litig. Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 31. Cæterum ubi contradictione opinio caret, nec si unius sit Doctoris, inde recedendum esse, post Alex. *in L. si filio* 25. §. *fin. Solut. matrim.* Coler. *Consil.* 55. *n.* 6. etsi lege non probetur, modo nil contra urgeat, ex Gomez. Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 16. Licet alias nec Doctori insigni nude asserenti, lege aut ratione non allata fidendum, Surd. *Decis.* 335. *n.* 20. Castillo *Contr. quotid. C.* 23. *n.* 16. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 1. *n.* 46. ut nec male alleganti Surdo *Decis.* 59. *n.* 8. Coler. *Consil.* 4. *n.* 46. cum Doctoris dicta intelligenda sint juxta fundamenta quæ allegat Tiraquel. *ad L.* 8. *Cod. de revoc. don. n.* 31. Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 200. *et* 990. Wesenbec. *Cons.* 6. *n.* 64. *et Cons.* 40. *n.* 23. Coler. *d. n.* 46. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 4. *n.* 50. Sane veterum plerique non in hac solum singularitate, quod ferendum esset, sed et alias glossæ Accursii auctoritatem nimiopere elevant adeo, ut et communi opinioni præferant, ut citati a Gail. 1. *Obs.* 153. *n.* 7. vid. et Rain. Corsum 2. *Indag.* 6. *n.* 6 Guid. Pap. *Decis.* 277. ibique annotatores Fridericus Shenck. L. Baro a Tautenberg. *Conclus. jur.* 58. Eum sane et præ aliis mire commendant Cojacius 3. *Obs.* 11. *et* 12. *Obs.* 16. Forner. 1. *Select.* 16. Wesenbecius *Consultat. de Jur. arte et scientia comparanda.* Christophor. Milæ. *Universitat. rerum historiæ Lib.* 5. *pag.* 383. Attamen ut ex Zasio 1. *Sing. Resp.* 7. *n.* 10. Gail. *d. Obs. n.* 8. periculose erratur dum nimium ei tribuitur, cum privatus utique interpres, non legislator fuerit, ridendaque eorum imperitia, qui glossas adducunt in re sæpe claris legum verbis decisa, ut et qui alios DD. cumprimis Bartolum, qui legum vexillifer nuncupatur. Ludov. Zuntus *Resp. pro uxore n.* 74. supremus Doctor cujus traditionibus soleat inesse substantia veritatis, Rom. *Cons.* 469. referente Rain. Cors. 2. *Indag.* 6. *n.* 2. aliisque elogiis decoratur, fuse Curt. Senior. *Cons.* 23. *n.* 16. Neviz. *Sylv. Nupt. Lib.* 5. *n.* 26. *p.* 438. *et seqq.* Attamen Cujac. 12. *Obs.* 16. quicquid ab Accursio aberrat Bartolus, vanas fictiones et ægri somnia videri. Denique, etsi rebus judicatis aut præjudiciis juris auctoritas non sit. vid. Donel. *ad Rubric. Cod. de Testib. in fin.*

*amplius expectans sententiam proferat omnibus modis legibus et moribus convenientem.* Sed de præsidibus et summis præfecturis nonnulli (2) putant hoc juris esse ut judicare possint prout eis æquum visum fuerit, etiam si contra jus, propter ea quæ leguntur in *Auth. hodie, C. de jud.* verba sunt hæc: *Hodie jurant se facturos secundum quod eis visum fuerit justius et melius.* In constitutione Novella Justinianus 9. unde hæc sumpta hæc verba sunt: καὶ πᾶσαν ἰσὸοντα φυλζω κἲ τὸ φαινίρκὶιν μοι δίκαιον idest, Ita conservabo, ut jus et æquum esse (3) videbitur. Verum his verbis nihil aliud jurat magistratus quam jus se servaturum; quod quærimus: etenim addit, *quod videbitur*, recte. Non enim aliud quisquam possit recipere se facturum, quam quod jus esse sciet et intelliget. Neque ideo tamen consequens est, si quid contra judicarit, quanvis sedulo, id ratum esse habendum. Atque ut possit intelligi, exigi hoc ab omnibus magistratibus ut secundum jus judicent, est ejusdem Justiniani Novel. 8. in qua clare ita scriptum est in §. *quod vero.* φυλάζουσι τοῖκ ἀνσακῥοις τὸ δίκαιον, πάντα κ̀ τοίκ ἡμετίροις κρί νυντέσ το καὶ πράτjοντες νόμοις. De præsidibus autem in ea periodo Justinianus loquitur. Ne laboremus: omnem is dubitationem sustulit in *Novel.* 82. *de judic.* §. *ult.* Omnis, inquit, judex sive magistratum gerat, sive aliter judicet, leges observato et secundum has proferto sententiam; et quanvis in medio litis nostram contingat jussionem aut sacram formam (licet pragmatica sit) procedere, legem tamen sequitur.

enm de uno homine fiat judicium, non Lex ut ex Hippocr. *Epist. ad Hermodorum Langlæ.* 1. *Semestr.* 5. Unde nec Papæ aut Imperatoris sententia, si juri adversa nec in vim legis prodita, jus facit; vid. Zas. *in Par. D. de constit. Princ. n.* 5. Tiraq. *de jure primigen Q.* 40. *n.* 165. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt.* 1. Pacian. (quodammodo dissentiens) *Cons.* 149. *n.* 64. ut omnino probat. *L.* 13. v. *consultationes C. de sent. et interloc.* Nec placita Curiæ supremæ, ut Cameræ, Vult. *Cons. Marp.* 34. *n.* 53. *Vol.* 1. Senatus Parisini, Coras. *ad L.* 25. *de sta. hom. n.* 6. Rotæ Romanæ, Viv. *Lib.* 3. *Decis.* 401. *n.* 20. (de cujus et auctoritate et unde dicta Neviz. *Lib.* 5. *Sylv. nupt. n.* 72. Marzar. *Tr. Fideic. P.* 2. *n.* 14. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 29.) Quicquid contradicat Anton. de Gamma *Decis.* 228. et Vult. a se ipso varians *Cons. Marp.* 18 *n.* 36. *et Conr.* 21. *n.* 263. *Vol.* 3. Neque res judicata pars juris civilis, juxta Ciceronem, nisi ubi perpetuo similiter judicatum, Cujac. 2. *Feud.* 17. Etsi item in varietate tanta negociorum vix est ut per omnia conveniant exempla nec claudicent. Bernard. Autumn. *not. ad Langlæ.* 7. *Semestr.* 3. *p.* 310. et singularium negociorum cognitionem affectantes assimilat iis qui aere piscari moliuntur, Coras. *ad L.* 10. *de LL.* quorum collectio laboriosi potius quam eruditi, ut Matthæac. 2. *de Via jur.* 13. *n.* 7. Attamen in re aut jure ambiguo validissima pro his, multorumque judicio fortior quam pro communi opinione præsumptio, modo facti circumstantiæ non nimis varient. Hinc illa trita: quod magnum sit vel unam in terminis habere decisionem, quodque eam adeptus tuto se fundet, Curt. Jun. *Cons.* 119. *n.* 6. Vult. *Cons. Marp.* 21. *n.* 138. *Vol.* 3. Wes. *Cons.* 24. *n.* 13. Jac. Schult. *Q. Pract.* 30. *n.* 26. Arumæ. *Lib.* 2. *Decis.* 1 *n.* 19. *et seqq. et n.* 63. *ac seqq.* Jacob. Aleman. *Consult.* 2. *p.* 62. qui singuli plures allegant. Agnovit et Cicero exempla non parum valere dum 1. *Act. in Verrem* intendit Cæcilium admitti non debere, quia quæstor fuerit, id comprobat exemplis Philonis, Scauri et Cn. Pompeii. A. Riccobon. *Comm. historiæ pag.* 58. Confer Menoch. 2. *Præsumpt.* 71. *n.* 9. *et n.* 13. Christoph. Besold. *Templo justitiæ pag.* 91. Denique Brocardica vulgaria hic minimum valent, quibus solis inniti pauperis est ingenii, vid. Knich. *de Sax. non provoc. jure* v. *Jus C.* 5. *n.* 92. *et seqq.* Jac. Aleman. post alios, *Cons.* 8. *p.* 741. *et seq.* De his satis.

(2) Wes. *ad L.* 1. *C. Ubi de criminib.* 1. *n.* 1. Curias summorum Principum perinde pro arbitrio judicare, ac ipse Princeps legibus solutus, Damh. *Prax.* civ. *C.* 218. *n.* 3. *et* 4. Senatum supremum Principis loco judicare ex bono et æquo, non accurate attendendo ad subtilitates juris, si caussæ conditio et æquitas aliud poscat. Non tamen subdit, secundum proprium arbitrium absolute; sed id quod in jure et æquitate fundatum, non quod ex quacunque mentis levitate incidere potest. Cameram Imperialem imperatoria plane auctoritate in decernendo judicandoque, uti Blarer. *in L. diffamari C.* 6. *n.* 40. Sed vid. Heig. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 9. *et seqq.*

(3) Forsan respicitur ad veterem et solemnem formulam moremque in concipiendis sententiis, maxime in caussis capitalibus, ut judices quæ cognovissent non facta, sed *videri* pronunciarent. Quæ Romanis mixta modestiæ gravitas, ne temere quidquam affirmare viderentur, ut Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 301. Cujus vestigia in *L.* 1. §. 5. *ad SC. Turp. L.* 20. *de his qui not. inf.* Quo de Ræv. *Pro tribunal. C.* 21. Broidæ. *in Supplem. Hist. Fori Pelletti Lib.* 5. *C.* 15. Briss. 2. *Antiq.* 2. (ac ex eo Goth. *ad d. L.* 1. §. 5. *ad Turpil.*) et Joan. Savaro *Comm. ad Sidon. Lib.* 3. *Epist.* 12. qui plures ad hoc veterum sententias adducit, idem et in SS. Patrum conciliis observatum fuisse ostendit.

Nos enim id obtineri volumus quod nostræ volunt leges.

III. Quod quoniam ita præcipitur, quid fiet si jus scriptum ab æquitate (4) dissidere videhitur? Utimur in ea re Constantini regula, *ex L. placuit, C. de jud.* potiorem nimirum esse debere in omnibus justitiæ æquitatisque, quam stricti juris rationem.

IV. Sed incurrit hæc constitutio in varias reprehensiones: ut si velimus eam nobis expositam et bene constitutam esse definitionem, illæ nobis hoc loco animadvertendæ sint. Quod quia res incidit, ita faciam quam poterit brevissime. Et quoniam existunt illæ magna ex parte ex eo quod non satis intelligitur ab omnibus quid sit æquitas, quid jus et quid distet alterum ab altero; ideo hæc verba explanabo primum, quibus expositis sententia constituetur: deinde quæ contra definitionem dicuntur, diluere conabor.

V. *Jus* est quod scripto comprehensum est, quasi jussum dicas. *Æquitas* sive æquum et bonum, est id quod ex scripto sensisse et voluisse legem intelligitur. Harum definitionum exempla si quis plura habere volt, reperiet collecta pene innumera a Guil. Budæo in *Adnotationibus in Pandectas*, in princ. Ego nunc, docendi caussa, pauca citabo ex oratione Ciceronis pro Cecinna, ex quibus liquido poterit intelligi nihil aliud Ciceronem appellasse jus, nihil æquitatem, quam quod diximus. Illud quidem constat in ea oratione pro sententia interdicti contra scriptum dicere: hoc disputare, ubi voluntas, ubi ratio, ubi consilium intelligatur, id sequendum esse, verba negligenda: quæ Ciceronis sententia apud Gregorium 1. Pontificem reperitur, refertorque in *C. humanæ*, 22. *Q.* 5. Sic ergo quodam loco scribit: *Etiam ut jam a verbo longius recedamus, ab æquitate ne tantulum quidem: si servus tuus*, et quæ sequuntur. Deinde post: *Nam ceteri tum ad istam orationem decurrunt, cum se in caussa putant habere æquum et bonum quod defendant; si contra verbis et literis, et ut dici solet, summo jure contenditur, solent ejusmodi iniquitati et boni et æqui nomen dignitatemque opponere.* Et mox: *tum aucupia verborum, et tendiculas in judicem vocant: tum vociferantur ex æquo et bono, non ex callido, versutoque jure rem judicare oportere.* Deinde in eadem: *Juris retinere sententiam et æquitatem plurimum valere oportere, an verba ac litera jus omne torqueri, vos statuite, Recuperatores, utrum utilius esse videatur.* Item: *si ad interdicti sententiam confugis, neque æquitatem rei verbi laquea capi putas oportere.* Et paulo post: *Istum locum fugis et reformidas, et me ex hoc, ut ita dicam, campo æquitatis ad istas verborum angustias, et ad omnes literarum angulos revocas.* In quibus nemini obscurum esse potest Ciceronem et æquitatem ubique scripto opponere, et præterea scriptum summum jus, æquitatem juris scripti sententiam et rationem nominare. Dicitur autem æquum quod ratio legis et juris scripti dictat, quia hac re sola retinetur ex æquo in omnibus mens et sententia legislatoris, id est lex ipsa: non enim intelligitur jubere quisquam aut præcipere quod uolit aut non sentiat. Jus autem summum non æquum: quia necesse sit ex circumstantiis variis et locorum, et personarum, et temporum mutari sæpe rationem legis. Contra quam si præfracte nihilominus scriptum retineamus, aliud quam quod legislatori propositum est, idest rem non æquabilem servabimus. Id autem solum justum, non quod verbo continetur: sed quod sensisse scripturem intelligitur: hoc idem æquum dici probavimus. Ergo justitiæ æquitatisque rationem præcipuam quam scripti juris esse debere cum dicimus, hoc dici intelligere debemus, quod Cicero tot locis, tot modis in eadem illa pro Cecinna oratione expressit: *eum voluntas, consilium et sententia legis intelligitur, stultum esse verba amplecti, hanc negligere.* Item: *ex æquo et bono, non ex callido versutoque jure rem judicari oportere: scriptum sequi calumniatoris esse, bonique judicis voluntatem scriptoris, auctoritatemque defendere, non ex verbis pendere jus; sed verba servire hominum consiliis et auctoritatibus. Si taciti nobis voluntas intelligi posset, verbis omnino* nos non usuros, *quia non potest verba reperta* esse, *non quæ impedirent, sed quæ indicarent voluntatem.* Sed exemplis utendum est. Jus est et præceptum naturæ quod depositum acceperis, ut reddas. Qui sanus gladium a-

(4) De hoc discrimine etc. etiam *supra Lib.* 1. *Cap.* 13 *n. et seqq.* ubi not. Præter illic citatos ad materiam hanc, quam alias expendam plenius, adi Duar. *ad T. D. de judic. f.* 159. *et seqq.* Coras. 2. *Misc.* 18. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *Gl.* 1. Myns. 6. *Obs.* 63. Jo. Garsia *de Expens. C.* 1. *n.* 28. *et seq.* Freher. *Suppl. p.* 18 *et seq.* Christoph. Besold. *Templo justitiæ pag.* 84. *et seqq.* Jo. Celich. *Tr. de æquitate etc.* Salomon. *in Comm. de bono et æquo ad L.* 1. §. 1. *de Just. et Jure.* Confer Dominic. Soto *Lib.* 1. *de Just. et jur. Q.* 6 *Art.* 7. *et Q.* 7. *Art.* 7. *et Lib.* 3. *Q.* 4. *Art.* 5.

pud me deposuerat, furiosus a me repetit, an reddere debeo? Si jus summum, et strictum, id est verba sequimur, debeo: si æquum, id est rationem ejus juris et sententiam, non debeo. Id enim agitur, eo jus illud constitutum est, ut is qui deposuit, id ipsum rursus sine fraude habeat quod deposuit. Si reddo furioso, is rem non habebit, amittet potius. Quin etiam ea re male in sese atque etiam in alios consulet; hoc vero contra voluntatem legis et sententiam, id est non æquum et bonum, non utile. Nun reddam igitur, ut Cicero disputat *Lib. 1. de offic.* Item lex est, judicium nullum esse quod cum minore intercessit sine curatoris auctoritate: acta res est judicio cum minore, et sententia pro minore lata: an dicemus nullius momenti esse sententiam? Si verba juris, id est jus strictum tenere volumus, non valebit; at hoc, inquam, neque ex legis sententia. Quid enim agitur lege, nisi ut minori non noceat, quod sine curatore gestum est? Quare sententia valebit, *L. non eo minus, D. de procur.* et generaliter definiemus, quod pro aliquibus introductum est, id in eorum pro quibus est constitutum, damnum torqueri non oportere, *L. nulla, D. de leg., L. quod furore, C. eod.* hoc solum ideo quod aliter fit contra sententiam et mentem legis, id est contra legem. Item edicit prætor, quod cum minore viginti quinque annis natu gestum erit, se animadversurum. Gestum est aliquid cum minore filiofamilias. Quæro, an restitui debeat. Jus constitutum facit ut debeat: at non placet esse restituendum, scilicet quia iniquum; et iniquum ideo, quia contra propositum et consilium prætoris: apparet enim prætori propositum fuisse minoribus consulere, non majoribus. Quod si filiumfamilias restituemus, consuletur patri: hic enim de peculio non tenebitur. Hæc Ulpianus ad hanc sententiam in *L. 3. §. sed utrum, D. de minor.*

VI. Sit igitur superioris regulæ ea vis quam supra dixi; Quæcunque lex et quibuscunque verbis scripta est, eam ratione et sententia scripturis moderandam; et si alia verba sint, aut sin nimis præfracta, corrigendam esse: hoc est, quod quærimus, moderandam esse et corrigendam æquitate. Ubi sententia intelligetur, solum hanc sequendam esse etiam contemptis verbis; hoc bonum, hoc æquum esse, et utile; contra fieri injustum iniquum et inutile: huc illa regula juris pertinet, *in omnibus quidem, maxime tamen in jure æquitas spectanda est. L. in omnibus quidem, D. de reg. jur. In omnibus,* ait, ut conventionibus, rebusque contractis, itemque supremis voluntatibus. Maxime tamen *in jure,* id est in juris constituti interpretatione æquitas spectanda est, id est non quibus verbis quid dictum aut scriptum sit; sed qua mente, qua sententia, et consilio quærendum, et cognitum sequendum est.

VII. Nunc quæ contra dicuntur considerenus. Primum illud non recte, ut videtur, in hac definitione, quod justitia atque æquitas et jus separantur. Nam si recte ab Ulpiano definitur jus ars æqui et boni, *L. 1. D. de just. et jure,* profecto non aliud est jus quam æquum et bonum. Sed animadvertendum est in definitione Constantini quam interpretamur, non jus absolute, sed jus quod summum et strictum sit ab æquitate secerni; hoc jus ne jus quidem est. Ideo non mirum si ut a vero jure, sic ab æquitate separetur. Jus autem verum, ipsum illud quod ratio et lex jussit, aliud nihil est nisi æquum et bonum, ut vere Ulpianus definivit; nec quicquam æquum nisi quod justum. Qui ergo probare potest nihil justum esse nisi quod æquum et strictum, et summum jus jus non esse? Quia strictum jus vocamus, quod a sententia, et voluntate legis recedens verbo tantum nititur: æquum, quod verborum sententia. Id porro solum jus est quod legislator sensit. Verba jus non sunt, sine quibus si res posset intelligi, his omnino non egeremus. In quo genere est illa nobilis disputatio Ciceronis in oratione pro Cæcinna, de qua supra commemoravi. Non igitur jus id quod summum et strictum dicimus: hinc illud dictum a veteribus, summum jus summam esse injuriam, quod Cicero refert *lib 1. de offic.* Columella summam crucem, Terentius summam malitiam vocat. Quæ omnia declarant summum jus jus non esse, nisi si malitiam et injuriam jus esse fateamur. Ex quo eadem opera intelligi potest cur tandem æquitatis dicamus, quam stricti juris rationem esse potiorem.

VIII. Sed rursum et hic hæsitatur. Æquitatem, inquimus, sequi oportet. Imo jus duntaxat quod scriptum est, dixerit aliquis: æquitatem autem etiam eam quæ se ostendat non licet. In eamque sententiam ad oppugnationem definitionis propositæ duo loci citantur, *L. prospexit, D. qui et a quib.* et *L. 1. C. de legib.* Quorum in priore Ulpianus indicat ita legem fuisse de muliere adulterii rea quæ divertit, ne quem ex servis suis aut manumittat aut alienet. Ait igitur verba facere, ut ne eum quidem servum qui extra ministerium ejus mulieris fuit vel

in agro vel in provincia, possit manumittere vel alienare. Quod quidem inquit *perquam durum est: sed lex ita scripta est. Durum* quod dicit hoc est, non satis æquum; ut in illo Pauli in *L. illud, D.* de petit. her. *quod in oratione divi Hadriani est ut post acceptum judicium omnis caussa præstetur, interdum durum est*; idest non æquum neque servandum adversus bonæ fidei possessorem. *Sed lex*, inquit Ulpianus, *ita scripta est;* ut, sive æquum id putemus sive iniquum, servari oportest. In altero loco rescriptum ejusdem Constantini est in hæc verba: *Inter æquitatem et jus interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere.* Quibus ostenditur non magis sequi licere nobis quod æquum videatur præter legis verba, quam jus novum constituere. Hæc antinomia ut conciliaretur, interpretes nostri olim hanc distinctionem invexerunt, ut dicerent interesse utrum æquitas esset scripta an non esset. Si scripta esset hanc potius sequendam. Si non esset, rem esse non juris nostri, sed Principi permittendam qui rem expediat, et de ea quod velit statuat. Itaque in *d. L. placuit, C. de jud. tot.* in exemplaribus ita legitur, *præcipuam esse justitiæ æquitatisque scriptæ, quam stricti juris rationem*. Ego vero æquitatem (5) scriptam non inepte solum sed etiam absurde præsertim in superiore definitione dici judico. Primum, æquitas juris scripti emendatio et quasi interpretatio est, sententiam legis adversus scriptum retinens. Qua interpretatione et emendatione nihil est opus omnino, si id quod æquum esse volumus clare scriptum est. Quo argumento Fr. Connanus *lib.* 1. *commen. jur.* et Fr. Duarenus *lib.* 2. *dispu. anni*, usi sunt. Deinde qui ita dicunt æquitatis scriptæ habendam rationem, hoc dicunt æquitatis non scriptæ contra jus strictum non esse habendam. Quod quid magis falsum est? Convincitur iis omnibus exemplis in quibus Jurisconsulti veteres sententiam legis interpretati sunt. Ex quibus pauca supra retulimus, in quibus interpretatio valuit, cum in illis non modo ea æquitas quam probabant non esset scripta: sed etiam verbis videretur adversari. Ut illud an usquam scriptum fuit in legibus, bonæ fidei possessorem non debere post litem contestatam interitum præstare quod Paulus æquum putavit in *L. illud, de pet. her.* Imo vero ita dubitabatur de eo ut etiam contra orationem Hadriani esse videretur, in qua ita scriptum est: *post acceptum judicium omne præstandum esse quod habiturus esset petitor, si quo tempore res petita est restituta fuisset*, d. L. *illud.* Postremo cum potiorem esse dicimus æquitatis rationem, hoc significamus duo esse quæ inter se discrepent, jus et æquitatem. Electio namque nisi inter duo aut plura non cadit, quorum unum rejicimus, alterum sequimur. At vero si æquitas scripta est, idest quod æquum videbatur, jam electio omnisque adeo dubitatio tollitur. Certum est enim id solum sequendum quod, rejecto alio, æquum judicatum est. Exempli caussa: scriptum hoc est et nominatim cautum constitutionibus, sententiam pro minore latam, quanvis indefenso, servandam esse, si is sibi expedire existimet, *L. non eo, C. de procur.* Hic non sunt duo jus nimirum strictum et æquitas scripta, ex quibus dubitemus utrum sequamur; sed unum duntaxat in quo absurdum sit id quæri potiusne hoc servari debeat quam aliud. Quare non potest neque æquitatis verbo verbum scriptæ, neque ei loco in quo quæritur utrum sequendum sit, superior definitio convenire. Videamus ergo non dicendum sit præcipuam esse in omnibus æquitatis, quam stricti juris rationem; sed hactenus nisi palam verba legislatoris refragentur. Quæ cum erunt perspicua, id jus quod verba exprimunt sequemur videlicet: animi nostri rationem, et ipsum illud quod æquum videbatur non sequemur. Sic aperte scripta lex erat in *L. prospexit, D. qui et a quib.* de servis non alienandis ab ea muliere quæ adulterii rea divertisset. Hoc enim cavit lex, ne quem mulier omnino ex servis suis manumitteret vel alienaret. Ergo, inquit Ulpianus, ita lex scripta est. Idcirco adversus legis constitutionem æquitatis specie ne quidquam utemur. In hanc ipsam sententiam lex Constantini accipienda est, *L.* 1. *C. de legib.* Licet, inquit ille, Principi soli inspicere interpretationem quæ interposita sit inter æquitatem et jus, res nimirum dissidentes: hoc sic interpretandum est, si æquitas a scripto jure omni ex parte dissideat. Quoniam enim hæc non ad retinendum jus scriptum, sed ad evertendum

(5) Confer *supra d. Lib.* 1. *C.* 13. *n.* 13. Sic Jo. Sacesberiens. *Policratici Lib.* 2. *C.* 26. *p.* 102. Ubi aliud jus suadet, aliud æquitas quæ in publica otilitate versatur Principis quærenda est interpretatio Ubi de scripto et sententia dubitatur, mens inquirenda est auctoris. Confer A. Massa Gales. *Lib.* 2. *de Exercit. jurispr. n.* 72. *et seqq.* qui pulcerere distinguit.

dum et abrogandum pertinet, optima ratio est cur non debeamus hoc nobis sumere ut de eo statuamus. Ejus enim est mutare legem, cujus et condere: hoc autem Principis. Igitur et prius illud merito ei soli permittendum est. Hic nos aliquis nobiscum pugnantia loqui dicet, qui æquitatem prius id esse diximus quod esset ex legis sententia et proposito; nunc æquitatem posse cum scripto plane dissidere, veluti nostri obliti statuimus. Sed animadvertendum puto æquitatem sive sententiam duplicem in quaque lege intelligi. Unam propriam juris constituti propositam ei qui scripto sanxit id de quo quæritur. Alteram generalem seu summam quæ communiter in omni lege inesse putatur, ut cum legislator peculiariter aliquid in caussa aliqua statuerit, tamen ad eam summam rationem et æquitatem lex referatur. Est autem hæc ut respublica salva sit. Ut suum cuique tribuatur. Hic Cicero, *lib.* 3. de legib. *Salus populi*, inquit, *suprema lex esto*. Hæc potest ejusmodi nobis occurrere ut propter eam aliquid statuendum videatur secus quam legis specialis verba sunt; et tamen lex ipsa specialis et mens adeo legislatoris refragentur. Hic si lex nobis ideo non æqua judicetur quia ab illa summa lege recedat; hic, inquam, res non a nobis sed a Principe, aut his penes quos statuendi jus est, constituetur. In hoc genere sunt tot exceptiones adversus manifestum jus civile a prætoribus ex ratione æqui et boni comparatæ, de quibus sub *tit. de exceptio. in Inst.* tot item actiones: tot et tam variis in caussis bonorum possessiones constitutæ iis qui aperte jure civili a successione removebantur: in quibus si quis privatus aut judex, ante jus a prætoribus constitutum, aliquid sibi sumeret, nihil proficeret adversus manifestam juris auctoritatem. At enim aliud hic æquum videtur; sed non ideo hoc ita est, et ut sit fortassis recte ab uno aliquo animadversum: tamen exemplo perniciosum est, jus certum aliquando rescindi, aut aliqua ex parte immutari. Hac enim via patefacta, imperiti et improbi judices idem audebunt etiam in bonis legibus, manifestæ injuriæ, æqui et boni nomen et speciem obtendentes. Præclare Aristoteles: *Qui legem præesse vult in civitate præesse vult Deum. Qui hominem præfecerit, præfecerit et belluam.* Cui congruunt Demosthenis et Chrysippi definitiones de lege proditæ in *L. 2. D. de legib.* Exstant in hanc sententiam de jure et legibus in civitate diligenter retinendis elegantes Ciceronis disputationes in *Orat. pro Cor. Balbo.* et in *Orat. pro* Cæcinna. Sed sive jus scriptum, sive æquum et bonum sequendum esse diximus, semper hoc relinquetur, quia æquum nihil aliud sit quam jus, ideo semper nihil, nisi quod jus (6) jubet judicari aut statui oportere. Quod jus jubet, inquam, uti a me supra positum est: non (7) etiam quod permittit. Huc enim referri debet illud Papiniani ex *L. non quidquid, D.* de judic. *Non quidquid potestati judicis permittitur, id subjectum juris necessitati.* Quod valet, non etiam necesse habet ex jure facere. Qualia sunt ea quæ lex judici ita defert, ut dicat judicem facere hoc vel illud posse, aut etiam solere; quæ verba permittentis sunt, non quidquam jubentis aut imponentis. Declaratur hoc totum apertius exemplo in rescripto Antonini quod exstat in *L. 1. C. quom. et quan. jud.*, cujus verba hæc sunt: *non semper compelleris ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, quæ*

(6) Frustra enim leges scribentur, si judicibus ab illis recedere et suo arbitrio æquitatem fingere liceret. Tiraq. *de Retr. lignag.* §. 35. *gl.* 1. *n.* 31. ubi plura contra imaginariam et cerebrinam æquitatem non ratione juris suffultam, sed imaginatione quadam aut rationibus adscititiis collectam. Nec in officio magistratus est dijudicare justum sit necne quod legibus superioris sancitum, Bodin. 3. *de Rep.* 4. *n.* 289. Et ut æquitas est in potestate magistratus, ita hic in potestate legis, *idem* 6. *de Rep.* 6. *n.* 755. Regulas itaque legum sequatur judex, non conscientiam legibus adversantem, ut Jas. Toming. *Decis.* 26. *n.* 40. ac conscientia legis vincat conscientiam hominis, post Bald. Moll. 1. *Semestr.* 37. *n.* 7. Plura in hanc sententiam pete ex Bodin. *d. C.* 4. *et d. C* 6. Moll. *d. C.* 37. *n.* 6. *et seqq.* Cujac. 2. *de Feu.* 1. Goed. *ad L.* 6. §. 1. *de V. S. n.* 2. Ventur. de Valent. *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 5. *n.* 15. *et seq.* Christ. Ohem. *Discurs. juridicopolit. de Consul. et magistratib. C.* 4. Libor. Bodenst. *Disquisit. polit. Lib.* 2. *Cap.* 28. *et seq.* Simanc. 4. *de Rep.* 15. *et seqq. et Lib.* 5. *et C.* 15, Jo. Gerhard. *Polit. Decad.* 5. *Q.* 3. Et quod pauca arbitrio judicis permittenda Arist. 1. *Rhet.* 1. Muret. *Vol.* 1. *Orat.* 18. Menoch. *in Proœm. Lib.* 1. *de Arbitr. jud. QQ.* Cravet. *de Antiq. temp. P.* 1. *§. quid in libro n.* 25.

(7) Confer Greg. Lop. *Animadvers. C.* 4. *n.* 10. Robert. 3. *Sent.* 12. Delrio *Lib.* 2. *de princip. juris p.* 43. Plane quando duæ leges eventu confligunt, permittens prohibenti vel jubenti cedit, Duaren. *ad Tit. D. de test. milit. C.* 6. *fol.* 432. Ang. Matthæus *Lib.* 2. *de Via et rat. juris C.* 2. *n.* 12.

*significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. Id enim eo pertinet, ut etiam absentem damnare possis: non ut omnino necesse habeas.*

## CAP. III.

Quid leges velint judicem in sententia observare: quod reus damnandus sit, aut absolvendus cum de re, tum de sumptibus et impensis litis.

*Continuatio et divisio.* I.
*In facti quæstione condemnari reum oportere legitime convictum, secus absolvi; alias delato illi jurejurando dimitti: quid si hunc constet judici falso convictum.* II.
*Cum pares utrinque probationes, alterutri ex litigantibus, aut reo potius deferri solere jusjurandum; et secundum eum qui juravit, pronuntiari ab judice.* III.
*In quæstione juris damnari reum a Judice; et jus suppleri quod neque ab actore nec hujus advocato producitur.* IV.
*Immo et de fructibus petitæ rei, et de reliquis accessionibus damnari, qui de ra principali damnatus est.* V.
*In litis impensas victus victori damnatur, quanti victor juraverit.* VI.
*Si tamen victus temere et sine caussa litigavit.* VII.
*Caussa litigandi quando videtur adfuisse, vel secus cum actori, tum reo.* VIII.

I. Quoniam confectum est judicem, non quod ei videtur aut libere judicare debere, sed juste, idest quod jus et leges jubent; videbimus deinceps quid eum leges velint in sententia observare, ut cum id fecerit, dici possit juste judicasse; ac si contra fecerit, quæ sit pœna. Et cum sententia in eo sit ut judex damnet reum aut absolvat; duo sunt in summa quæ hic leges caveri velint: quorum unum spectatur in persona ejus qui damnatur aut absolvitur: alterum in re in quam damnatur aut de qua absolvitur. In persona, ut is damnetur aut absolvatur quem oportet et æquum est. In re, ut damnetur in eam rem in qua oportet aut de ea absolvatur. Quem æquum sit damnari aut absolvi, si quidem de re principali quæ in judicium venit agatur, de eo hæc juris præcepta sunt. Videndum utrum de facto ambigatur, an de jure. Hoc facilius expeditur quam illud, *C. sæpe, Ext. de appell.* quia jus certum est ut infra dicam: facta incerta plerumque et probationibus eruenda.

II. In quæstione facti, ut cum quæritur an pecunia mutuo data sit, an furtum factum; siquidem probat actor factum legitimis probationibus da quibus supra dictum est, placet (1) judicem non animi sui conscientiam sequi debere, sed rerum proba-

(1) Locus hic ita amplus ut, si in utramque partem arbitraretur, justum librum confici posse, censeat Pollet. 4. *Hist. fori* 14. *p.* 388. Et contra acta ferè pro conscientia acriter pugnant Coras. 4. *Misc.* 20, Baro *ad d. L* 6. *de off. præs.* Pollet. *d. loc.* (et ex parte Vasq. 1. *Ill. Contr.* 14. ac Hot. *Ill. Q.* 17. Alb. Gent. 2. *Lect. et Epist.* 13.) Conrad. Heresb. *Epit. Christian. jurispr. Edict. IX. Præcept. p.* 293. *et seq.* Jac. Omphal. *Lib.* 6. *de Usurp. legum C.* 14. Marc. Lycklama (varie tamen distinguens) 2. *Membra. Eclog.* 2. Arum. *Exerc. Justin.* 6. *in Parerg. et Exerc.* 20. *Th.* 3. *et Disp. Pand.* 1. *Th.* 24. *et seq.* Jo. Celich. *de Æquit. C.* 4. Ven. de Valent. *Parth. litig. Lib.* 2. *C.* 8. *n.* 12. *et* 5. *seqq.* Christ. Obein. *Discurs. juridicopolit. de Cons. et Magistratib. C.* 4. *n.* 23. *et seqq.* pro actis plures fortiora arma expediunt, Cujac. 12. *Obs.* 19. Cov. 1. *Var. Res.* 1. Gutier. *Lib.* 2. *Canon. QQ. C.* 29. Scala. *Lib.* 3. *de Cons. sapient. C.* 13. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exs* 6. 3. *C.* 1. *n.* 14. *et C.* 7. *et seq.* Lanc. Conr. *de Off. præs. in cau.* v. *Sententia n.* 17. Pet. Aug. Morl. *Empor. juris p.* 1. *Tit.* 2. *Q.* 1. Menoch. (sed hic nude) 1. *Arb. Q.* 24. *n.* 3. Gravat. *Not. ad pract. Vestrii Lib.* 3. *C.* 1. *lit. A.* qui testatur hanc quoque inter Theologos crebriorem esse) Jo. Bellon. *Commu. jur. sentent.* v. *judex* Bron. 1. *Enan.* 14. Bocer. *de Jurisd. C.* 6. *n.* 34. Bus. *ad L.* 6. §. 1. *de off. præs.* Steph. Werbeuz. *Prolog. tripar. operis juris consuetud. Hungar. Tit* 16. *et seq.* Guid. Pap. *Dec.* 29. *ibique in not.* P. Matth. et Steph. Ranch. Cach. *Decis.* 1. *n.* 43. *et seq.* Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 187. Jo. Monach. (brevibus ast scite) *in C. dilecti* 6. *de jud. n.* 11. paulo pluribus Dom. Soto *Lib.* 5. *de Just. et jur. Q.* 4. *Art.* 2. Excipiunt plerique Principem superioris nescium et LL. solutum Scal. *d. C.* 13. Werbeuz. *d. loc.* Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 8. *n.* 21. Chassa. *Catal. glor. mundi P.* 7. *Consid.* 3. *effectu* 8. Cacheran. *d. loc.* Lanc. Conrad. *Temp. om. jud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 3. v. *judicare secund. conscient. etc.* Idem de Curia ejusdem suprema statuit Guid. Pap. *Decis.*

tarum fidem. *L. illicitas*, *§. veritas*, *D. de off. præs.* Proinde convictos convenire condemnari, *L. negantes*, *C. de obl. et actio.* et *L. properandum*, illic, *tunc judicem*, *C. de judic.* nisi quod quibusdam in caussis receptum est ut prius jusjurandum exigatur a reo sui purgandi caussa; ut cum id præstiterit, absolvatur. Si recusasset jurare, quasi convictus condemnetur; quas caussas cum collegerit Accursius ad *L.* 3. *C. de reb. cred. et jurejur. in glos. vet.* illinc petere jubebo. Quod si ab utraque parte pares sint probationes, id sequemur quod præcipitur in *L. admonendi*, *de jureju.* et *d. L.* 3. *C. eod.* qua de re tota accurate a me disputatum est in commentario ad titulum illum D. quem *supra lib.* 24. inserendum curavimus. Sane si constet judici contra fidem eorum quæ falsis testibus probantur, reum non debere, faciet ex officio boni viri si a judicando abstinebit: quod illi concedendum esse de se juranti, supra diximus. Si non probetur quod intenditur, sic præcipitur jure, reum qui negat qualiscunque sit, etsi nihil ipse præstet, absolvi oportere, *L. qui accusare*. *C. de eden.* *d. L. negantes*. *C. de obli. et act.*

III. Quod si ab utraque parte pares sunt probationes, permittitur judici deferre jusjurandum alterutri ex litigatoribus, ut exacto jurejurando, secundum eum judicet qui juraverit. Sic enim Cajus in *L. admonendi*, *D. de* jurejurando. *Solent enim*, inquit, *sæpe judices in dubiis caussis, exacto jurejurando, secundum eum judicare qui juravit.* Dubias caussas hoc loco cum Duareno nostro eas esse intelligi, in quibus ab utraque parte par probatio est; quia hoc modo fiat ut dubia sit et anceps caussa, idest ut dubitet judex quod sumat potissimum. Quod quidem ita probatum ab illo est *lib.* 2. *Disp. anni. Cap.* 33. ut res probatione nostra non indigeat. Ait autem Cajus solere judices exacto jurejurando judicare. Quo significatur posse eos id facere, non etiam necesse habere. *L.* 1. *C. quom. et quan. judex.* Et ideo erit in potestate judicantis, in dubiis caussis jusjurandum non deferre, eoque non delato, id sequi quod ille maxime sibi probatum existimaverit. Sed etsi deferret jusjurandum, non jubetur reo potius deferre quam actori. Unde intelligimus esse in ejus potestate utri deferat; et sane qui secundum actorem judicare potuit sine jurejurando, multo magis poterit secundum eum judicare, jurejurando ab eo exacto. Sed utrumque rectius facturus videtur, si et jusjurandum in dubia caussa detulerit, quo magis de re confirmetur; et deferat reo potius, qui juxta regulam juris est favorabilior, *L. favorabiliores*, *D. de reg. jur.*

IV. In quæstione juris, ut si pactum factum esse constet et quæratur an ex pacto agi possit, jus paulo aliter se habet. Quoniam enim jus certum est et notum id esse debet judici, non tantum jubetur judex ex jure quale est reum condemnare, si ab actore aut advocatis jus probetur; sed etiam si (2) non probetur. Idque est quod præcipitur illo titulo Codicis, ut quæ desunt advocatis partium judex suppleat. Non enim hic jubetur supplere quod deest advocatis in (3) facto, sed quod in juris allegatione et confirmatione Quod ex verbis ejus constitutionis quæ exstat sub eo titulo intelligetur. Verba hæc sunt: *Dubitandum non est judici, si quid a litigatoribus vel ab iis qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre quod sciat legibus et juri publico convenire.* Non dicit quod

29. quem impugnat Cacheran. *d. n.* 43. *et seq.* tuetur Menoch. *Arb. Ca.* 98. *n.* 12. *et* 13. Plane contra conscientiam, in criminalibus cumprimis, ne unquam judicet rationis est, vid. *not. supra C.* 1. *N.* 10. Ast nec hoc unquam obnoxiæ sententiæ judici tribuendum, ut nudæ illius unius assertioni plus fidei habeatur, quam plurium inculpatæ vitæ bonæque notæ testium juratæ depositioni. Judici potestatem facere contra fidem eorum quæ probata juxta ea quæ sibi ceu privato comperta esse dicit, pronunciandi, quid aliud est quam liberrimum arbitrium et absolutissimam potestatem dare male judicandi, condemnandi vel absolvendi pro libitu, quoties non de jure, sed de facto contentio est? Quam facile enim erit ei dicere, si alterutri injuste gratificari velit, etsi pro altero testimonia probationesque aliæ suppetant, se tamen aliud novisse. Ecquid autem hac re inferioris subselli judex proficiet, nisi ut interim justus (ut in diverbio est) patiatur lite extracta? Nonne, cognitione ad superius tribunal per provocationem devoluta, sententia lata pro eo qui et contrariis probationibus oppressus, nec ulla sua sublevatus, nec nisi testatione judicis unius de notitia sua subnixus, rescindetur? Exactiora de his alias.

(2) Vid. *supra Lib.* 18. *C.* 4. *n.* 9. Et quod idem in statuto non allegato aut consuetudine notoria *not. C. præced. N.* 1.

(3) Concenat. *Lib.* 1. *Q.* 1. *n.* 30. Excipiunt nisi de iis quæ facti constet ipsi ut judici, nec caussa requirat formalem petitionem, Cacher. *Decis.* 1. *n.* 24. add. Bellon. 2. *Supput.* 10. Asin. *Tr. de Exsec.* §. 3. *C.* 24. *et Cap.* 17.

sciat in facto esse. Et recte: non est enim judicis de facto testificari et affirmare, cum multum intersit inter testem et judicem, neque idem officio fungi possit testis et judicis: sed ait *quod sciat convenire legibus et juri publico*; scilicet quia est judicis, hoc ipso quod judex est, jus tenere idque ipsum in caussa statuere de qua judex sedet; hoc enim est judicare.

V. De fructibus rei petitæ et accessionibus cæteris, idem damnandus et absolvendus qui damnatus aut absolutus est de (4) principali, etiam si errore judex de re principali pronunciaverit, *L. ex diverso*, §. 1. *D. de rei vindic.* Ex his apparet, de re principali ejusdemque accessionibus, non alium condemnari, aut absolvi quam reum. Utrum autem faciundum sit, potissimum ex fide rerum probatarum æstimari.

VI. De sumptibus litis aliud servatur; de his enim nominatim ita jus constitutum est a Justiniano in *L. properandum*, §. *sive autem*, *C. de jud.* victum victori in expensarum caussa esse (5) condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit. Unde intelligitur semper esse qui condemnetur de sumptibus litis; nec eum reum tantum, sed interdum et actorem; nempe si vincatur, absoluto videlicet reo: præterea non exigi ut convincatur de impensis litis qui de his condemnatur, sed hoc spectari solum, an vincatur de re principali. Et videtur quidem Justinianus in *d.* §. *sive autem* districte cavisse et sine exceptione, ut sumptus litis agnoscat is qui victus est verba ejus sunt hæc: *Sive autem alterutra parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa: omnes judices qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in expensarum caussa esse condemnandum.* Et quæ sequuntur.

VII. Sed recte hoc omnes ex jure vetere sic accepisse mihi videntur, si modo is qui victus est, (6) temere et sine caussa litigavit. Nam ita quidem ante jus fuisse constat, eum litis sumptus agnoscere non debere cui ratio fuisset litigandi. *L. qui solidum*, §. *Etiam*, *D. de leg.* 2. Item, litigatorem viatica litisque sumptus adversario suo reddere debere: sed ita, si improbus sit litigator: si temere adversarium in jus vocaverit, ut appareat hanc condemnationem pœnam temeritatis fuisse adversus litigatores constitutam, §. *hæc autem*, *Inst. de pœn. tem. litig.* *L. eum quem*, *D. de judic.* Hoc jus cum sit æquissimum, oportet manere, nisi liquido probetur fuisse a Justiniano sublatum. Quod superiora verba non arguunt; animadvertendum est enim quod eo loco ait Justinianus. Quod cavet denuo victum victori in expensas litis esse condemnandum, etsi id cavet simpliciter, non tamen id facit veteris juris emendandi et æquissimæ conditionis tollendæ caussa; sed ut id jus quod fuisset antea, produceret ad eas quoque caussas in quibus litigator non propter malam caussam, sed propter caussam absentiæ damnatus esset; quod initium ejus §. et extremum plane indicant. Ait enim in principio *sive autem alterutra parte absente, sive utraque præsente lis fuerit decisa.* In extremo autem ita scribit: *et hæc de alterutra parte litigantium contumaciter absente nobis statuere visum est, ad æquitatis rationem omnia corrigentibus.* Et hanc sententiam ipse item Justinianus confirmat in *Novel.* 82. *de judic.* §. *ut autem.* Scribit enim judicem debere significare sententia, si litigatores in expensas (7) non damnet: fieri igitur potest, ne damnet, et quidem jure.

VIII. Quo posito, quærendum erit cui ratio litigandi fuisse intelligatur. Et quod

(4) Vid. *supra Lib.* 20. *C.* 6. *n.* 5. *ibique notata.*

(5) *Rubr. et L.* 4. *de fruct. et lit. expens.* Num autem et præter expensas in damna ac detrimenta adversarii condemnatio? Negat contra Bart. et Ang. Walth. 1. *Misc.* 28. quia in *L.* 79. *de jud. et d. L.* 4. nulla damnorum mentio. Ac licet in §. 1. *in fi. I. de pœn. tem. litig.* jungantur damnum et impensæ, putat tamen vel *damnum* pro condemnatione illic accipi, vel, quod magis illi placet, ipsas expensas denotari, cum rarum non sit, ut duobus verbis eadem res significetur. Sed melior videtur sententia eorum qui distinguunt inter damna extrinseca, veluti si equus in itinere mortuus vel quis captus a latronibus, et intrinseca, expensas itineris, sumptus viatici et temporis quo commorandum est extra domum suam in hospitio, etc. vid. Tessaur. *Decis.* 67. Et hæc videntur denotari per damnum *in d.* §. 1. ut distinguitur ab impensis aliis quæ in ipsam litem erogantur. Quid si peritus caussam propriam egit, num cum expensis potest æstimare salarium? vid. de hac quæstione Parlad. 2. *Rer. Quotid.* 5. §. 18. *n.* 14. Monter. *Decis.* 4. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol. Tit. de Postul. Resol.* 3. Myns. 1. *Obs.* 2. et Gail 1. *Obs.* 151. *n.* 16.

(6) Quid si statutum sit victum condemnari debere in expensas, an et tunc justa caussa litigandi excusat? Dubium movet, quod ita videatur frustraneum. Affirmat tamen Fachinæ. 12. *Contr.* 25. quia satius est ut superfluum sit, quam ut aliquis ex eo indebite lædatur.

(7) Ex ejus rei caussa exprimi debet, *d. C.*

ad actorem attinet, hoc probamus fieri non posse, si vincitur, quin (8) temere videatur litigasse. Etenim si ignoravit sibi jus non esse litigandi hoc ipso culpa ejus est quod litigavit. Ut enim bene scriptum est in *L. qui in alterius, D. de reg. jur.* qui agit certus esse debet; cum sit in potestate ejus quando velit experiri, et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere. Reo non idem potest subjici; hic

10. Tiraq. *de Pœn. temperand. in præfat. n.* 66. Gail. 1. *Obs.* 151, *n.* 23. Subdens id in Camera non servari, sed generatim dici *aus bevueglichen Ursachen*, sicuti et apud nos quotidie sententiæ concipiuntur. Cæterum monet A. Fab. 19. *Err. Prag.* 6. hoc casu haud apte pronunciari solere expensas *compensandas* esse, cum potius nullus earum condemnationi locus sit.

(8) Longe aliud Interpretibus vulgo visum, judiciorumque usu obtinet. Nam et eum relevari ab expensis tradunt, qui pro se habet opinionem unius celebris Doctoris, Gu. Pap. *Decis.* 277. Pacian. 2. *de Probat.* 41. *n.* 156. Wes. *Cons.* 43. *n.* 165. aut unius ex Senatoribus Curiæ aliorum votis superati. Anton. de Gamma *Decis.* 324. Et quod consilium Jurisperiti, uti a delicto et pœna, ita et ab expensis excuset, Menoch. *Recup. possess. Remed.* 11. *n.* 26. *et* 2. *seqq.* vid. Rebuff. *in Auth. habita* verbo *examinatione etc.* (quidam tamen duorum consilia requirunt, Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 6.) Quodque justa caussa litigandi ei qui habet semiplenam probationem, Meischn. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 9. *in fin. Tom.* 1. Quin et, si nota probitas ac bona fama litigatoris victi, remitti expensas, quia non præsumatur calumniose litem movisse, post Hostiens. et alios Coras. *de Juris arte P.* 4. *C.* 18. Caroc. *de juram. lit. decisorio Q.* 1. *Q.* 13. *principalis n.* 18. Ad quod multos citat Marq. Freh. *Lib.* 2. *de Existimat. C.* 6. *n.* 13. qui tamen post plures alios recte contra statuit. Neque enim si præsumptio calumniæ cessat, ideo et litigandi temeritas. Quare nec juramentum calumniæ hinc liberat, vid. *not. supra Lib.* 24. *C.* 3. *n.* 6. *sub fin.* Nec rusticitas excusat, Menoch. *Arb. Cap.* 191. *n.* 28. Quin immo et qui in priori instantia obtinuit sententiam, in appellativo judicio condemnari in has potest, si ex iisdem actis succubuit, vid. Tho. Trivis. *Lib.* 1. *Decis.* 62. *n.* 10. Sich. *ad L.* 12. § 1. *C. de reb. cre. n.* 10. Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 5. Mathesil. *Sing.* 81. ibique Gabr. Sarayna *Crim. jur. Resp.* 60. *n.* 145. *et seqq.* Meich. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 20. *n.* 8. *et Decis.* 28. *n.* 129. *ac Decis.* 35. *n.* 10. Bend. *de Revision. Concl.* 9. *n.* 9. Cujusmodi sententias plures exhibet Syntagma sententiarum Cameralium edita a Christian. Barth. In criminalibus vero Modest. Pist. *P.* 1. *Q.* 11. censet accusatorem sane reo damnari ad expensas (quod et de judice male inquirente tradit Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 2.) non contra, quia crudele sit reum cum pœna damnum sumptuum sustinere; et quia nemo accusare cogitur, agere autem cogitur necessitate caussativa, si suum extra judicium obtinere non potuit. Expensæ ut taxandæ, etc. vid. *Novell. Elect. Sax.* 31. *P.* 1. ubi Muller. Coler. *Decis.* 214. Horat. Carpan. *Statut. Mediolan. Vol.* 1. *C.* 56. M. Ant. de Amat. *Decis.* 140. (ubi quomodo a taxatione appellari possit, de quo et Wurmser. *Tit.* 14. *Obs.* 16. Brederod. *de App. P.* 1. *Tit.* 20. *f.* 525. *et P.* 2. *Tit.* 40. *f.* 668.) Peti eas an necesse sit, vid. not. *C. se. N.* 6. Hæc de expensis modo pro instituto sufficiant. Perpacua licet præ aliis, quæ peti possunt ex Cujac. 12. *Obs.* 1. Hot. *ad L.* 13. §. 6. *C. de judic.* Covar. *Pract. QQ. C.* 27. Zas. et Wes. *ad L.* 15. *C. de judic.* Sich. *ad L.* 1. *C. de judic. n.* 9. *et seq. et ad d. L.* 13. §. *sive autem* 6. *et ad d. L. sancimus* 15. ipsi 13. Goed. *de Sequestr. C.* 1. *n.* 77. Parlad. 2. *Rer. quotid. C. fin. Part.* 5. §. 18. Menoch. *Arb. Cas.* 177. (ubi quæ justa caussa litigandi ut excuset) *et Retin. poss. Remed.* 3. *n.* 665. *et seqq. et* 1. *Præsumpt.* 35. Tiraq. *de Pœn. temper. Cap.* 51. *n.* 108. *et seq.* Blarer. *in L. diffamari C.* 5. *n.* 30. *et seqq.* Rulant. *de Commissar. P.* 3. *Lib.* 9. *C.* 20. *et P.* 4. *Lib.* 8. *C. ult. ac Tr. de Invocat. utriusque brachii. C ult.* Moller. 1. *Semestr.* 8. Hering. *de Fidejuss. C.* 26. *n.* 75. *et* 4. *seqq.* Seraphin. *Privil. juram.* 32. Fachin. 1. *Contr.* 40. *et seq. et* 12. *Contr.* 52. Beust. *ad Rub. de jurejur. n.* 243. *et seqq.* Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *C.* 55. *et seq.* Mathesilan. *Sing.* 3. *et Sing.* 80. *et seqq.* Boer. *Sing.* 56. Guid. Pap. *Sing.* 60. Fr. Cremens. *Sing.* 121. Corset. *Sing.* 90. 96. 103. Marsil. *Sing.* 207. 237. 485. 545. *etc.* Damhuder. *Praxi civ. C.* 222 *et* 249. Asin. *Praxi judic.* §. 32. *et de Execut.* §. 3. *C.* 179. Schuarzentaler. *Lib.* 3. *Process. Actu ult* Vestr. *Lib.* 8. *Pract. C.* 2. *et ult.* Ayrer. *Process. P.* 1. *C.* 1. *Obs.* 6. Myns. 2. *Obs.* 22. *et* 4. *Obs.* 55. *et* 67. Gail. 1. *Obs.* 151. *et seq.* Webner. *Obs. pract. de V. S.* Expensen. und. Unkosten. Boer. *Cons.* 27. Sixtin. *Cons. Marp.* 11. *n.* 112. *et seq. Vol.* 1. Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 48. Surd. *Decis.* 261. *et* 274. Monter. *Decis.* 36. Ant. de Gamma *Decis.* 65. Tessaur. *Decis.* 67. Meichsner. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 7. Arumæ. *Lib.* 1. *Decis.* 9. etc. quos omnes aliosque supra citatos antea edii. Enimvero haud temere Jac. Simanca 9. *de Rep.* 31. *n.* 7. expedire censet statui, ut temerarius litigator victori omnes omnino sumptus, damna et incommoda præstet, subdens ideo Mahumetanis paucas lites esse, quod temere litigantes publice flagellis cæduntur. Qua de coercenda temeritate. vid. Ventura de Valentiis *Parthenii litigiosi Lib.* 2. *C.* 16. *n.* 2. *et seqq.*

namque actionem excipere cogitur, nisi velit jus suum indefensum relinquere. Quod sane facere non debet, si nullam caussam habeat propter quam intelligere possit deberi quod petitur, aut rem petitoris esse *L. illud, D. de pet. her.* Cujusmodi caussam nullam habere videtur, si agatur cum eo de alieno facto et jure, cujus ipse particeps et conscius non fuerit. Veluti si agatur cum eo, ut herede ex facto defuncti, *d. L. qui in alterius*; aut si contraxerit quidem ipse, sed agat is qui se a domino procuratorem datum dicat, nec mandatum certum proferat, *L. si quis inficiatus, D. depos.* aut si vindicet quis rem tanquam suam, quam sibi a vero domino donatam, aut aliter in se translatam affirmet, nec ejus rei ullum certum indicium afferat, *d. L. illud, de petit. hered.*

## C A P. IV.

Reum de eo absolvendum, aut in id condemnandum esse, quod in judicium deductum est, non in aliud: et quid videatur in judicium venisse.

*Continuatio et ordo.* I.
*Reum in id quod in judicio deductum est condemnari.* II.
*Deduci aliquid in judicium aut ipso jure, aut actoris petitione expressa vel tacita* III.
Expressa, *quod continetur verbis intentionis, licet reus de eo non consenserit; nisi si quid nominatim exceptum.* IV.
*Item si quid accidat post litem contestatam.* V.
*Contrariis occurritur.* VI.
Tacita, *venire fructus et accessiones aliæ petitæ rei principalis.* VII.
*Contrarius J. C. Pauli locus* in L. non potest, 23. D. de judic. *explicatur.* VIII.
Ipso jure *sumptus et impensas litis in judicio deduci.* IX.
*In illa tria superiora quæ in judicium veniunt, non in alia reum damnari oportere.* X.

I. Nunc quid judex sententia complecti, idest qua de re reum absolvere aut in quam rem condemnare debeat consideremus. Id enim erat alterum quod in justa sententia spectandum esse dicebamus. Et quoniam una res est de qua reum condemnari aut absolvi oportet, ne verbosior sit oratio, ea a me ad condemnationem solum conferetur; ut quod de ea dixero, simul de absolutione dictum intelligatur.

II. Ac cum in *L. ut fundus. D. com. divid.* scriptum sit, ultra id quod in judicium (1) deductum est, excedere potestatem judicis non posse: eum præterea in *L. solemus. D. de jud.* dicatur non esse metiendum ex persona rei quid videatur in judicium venisse, quia facile dicturus sit se de re aliqua non sensisse, quo consequetur, ne condemnetur: ut autem vitetur hoc periculum, idest ne reus possit effugere condemnationem, spectandum esse ex intentione actoris, quid in judicium venerit: apparet de hac re sic veteres statuisse, ut dicerent reum condemnari oportere in id quod in judicium dedu-

(1) Hinc vulgatum illud: Sententia respondere debet petitioni, ac esse conformis libello. Quod exstruunt *ex d. L.* 18. *et ex L. ult. Cod. de fideic. liber.* Quin fatuum dicunt judicem qui contra pronunciat. Hieron. de Mont. *Tr. Fin. regund. C.* 42. *n.* 6. Asin. *de Exsec.* §. 3. *C.* 9. Meichs. *Tom.* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 224. Tametsi id vero reprobet A. Guib. *QQ. jur. C.* 9. sano tamen sensu acceptum juri convenit. Vid. Sneidvin. et Mudæ. *in* §. *Curaré,* 32. *Instit. de act.* Menoch. 1. *Arb. Quæst.* 31. Nic. Valla *de Reb. dub. Tract.* 1. *n.* 22. Thom. Grammat. *Decis.* 19. Guid. Pap. *Decis.* 27. Oldend. *Cons. Marp.* 5. *Vol.* 3. Meichsner. *Tomo* 3. *Decis. Cam.* 13. *n.* 111. *et seq. et Decis.* 18. *n.* 17. *et seq. et Decis.* 22. *n.* 30. *et seqq. et Tomo* 4. *Decis.* 7. *n.* 33. Coras. *SC. Tolos. Cap.* 52. Asin. *de Execut.* §. 3. *Cap.* 225 *et seq* Aut. Massa Gales. *de Judic. bonæ fid. n.* 20. Marc. Lyklama *ad L. vinum.* 22. *de reb. cred. n.* 7. *et* 8. Pinel. *in L.* 2. *Cod. de resc. vend. P.* 3. *C.* 3. *n.* 12. qui docet verum ejus sensum esse, ne judicetur de re in judicio non tractata. Perperam vero ac crasse ita accipi, quasi judicis arbitrium et potestas recedere nequeat a desiderio actoris. Limitant hanc regulam in criminalibus, vid. Mynsig. 4. *Obs.* 81. et ubi proceditur sola facti veritate inspecta, Raudens. *Decis.* 5. *n.* 91. item Principe superioris nescio judicante, Lancell. Conrad. *Templo om. jud.* §. 3. *de obligat. Imperatoris v. judicare secundum conscientiam,* Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 131. item quando clausula peto mihi jus, etc. adjecta, Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 52. *n.* 32. Male hoc omnino. Confer not. *supra Lib.* 23. *C.* 4. *N.* 4. *clausul.* 11.

ctum est, sive quod in judicium venit; ultra id quod deductum est, nec debere, nec posse. Ex quo etiam illud quæsitum quid videatur venisse, seu deductum esse in judicium in *d. L. solemus, de jud.* Quod et nobis quærendum est.

III. Est autem deducere rem in judicium, subjicere rem judicio judicantis, rem ei æstimandam et judicandam tradere. Deducitur quid hoc modo in judicium aut petitione actoris, aut ipso jure sine alia petitione. Petuntur quædam aperte, nonnulla tacite: aperte ea quæ exprimuntur verbis intentionis. Hæc vero in judicium veniunt. Sed an semper? an omnia? Quid enim, si verba intentionis ambigua sint aut generalia; ut aut illic dicat reus inutiliter actum esse, quia actor de una re senserit, reus de alia; aut hic dicat idem reus se de quibusdam speciebus non sensisse? an exigemus, ut ambo iisdem de rebus consentiant? Quid si verbis intentionis contineantur quædam de quibus tamen actor non senserit, aut quæ ille jure petere non potuerit initio, etsi in ea caussa sint ante sententiam ut peti possint? hæc enim sunt de quibus in hac specie solet dubitari. Et licet de re tota definire breviter hoc modo.

IV. In his quæ aperte petuntur ab actore, omne videri in judicium venisse quod intentionis verbis continetur, quod quidem commodum sit petitori, quantumvis de ea reus non senserit; præterquam si ab actore quid exceptum sit nominatim, aut post litem contestatam accidit. Quæ nobis definitio explicanda est. Est enim veterum illa quidem, sed quæ nusquam aperte tradita sit: conficiatur tantum ex variis illorum sententiis neque dispositis uno in loco, neque per se satis expositis. Quod ergo dixi id omne videri venisse quod continetur intentionis verbis, præterquam si quid de his exceptum sit, hoc illud est quod subobscure demonstrare voluit Ulpianus in *d. L.* solemus. *Solemus,* inquit, *dicere id venire in judicium, de quo actum est inter litigantes. Sed Celsus ait, periculose ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet non convenisse. Quid ergo? Melius est dicere non id venire, de quo nominatim actum est, ut veniret; sed id non venire, de quo nominatim actum est ne veniret.* Quorum verborum hæc est sententia, non esse spectandum quid reus existimet a se peti, sed quid verba petitionis significent; omnia videri venisse in judicium, quæ contineantur verbis intentionis, nisi si quid sit de quo nominatim actum sit ne veniret. Non addit Ulpianus illa verba: Quæ contineantur verbis intentionis. Sed prorsus totum (2) hoc ita intelligendum est. Absurdum sit enim si quis dicat, hereditate petita, res proprias petitoris venisse in judicium: aut fundo petito venire supellectilem, quia neque res propriæ petitoris neque supellex exceptæ sint; cum alterum alterius significatione non contineatur ullo modo, neque ulla communione cum altero conjungatur. Sed erit quod de intentione excipiatur hoc modo, si proponas petitam esse universam hereditatem, excepto fundo Tusculano qui hereditarius est, quem actor ideo forte patiatur esse penes possessorem, quia de eo fundo aliquando cum illo transegerit. Et convenit potissimum hæc definitio verbis generalibus intentionis et in se multa complectentibus. Quid si erunt ambigua? Congruit superiori rationi Celsi, in ambigua intentione id accipi quod (3) petitori utilius sit. Quod et receptum est, *L. si quis intentione, D. de jud.* alioqui enim semper dicet reus se de eo non sensisse, atque ita consequetur ne condemnetur: Finge Stichum petitum; plures autem eodem nomine fuisse apud debitorem. Nec dicet reus iniquum esse petitori in genere affirmanti sine alia probatione fidem haberi. Hoc enim fieri in hac re illi nihil nocet, si actor non probat eum Stichum quem dicit sibi deberi, cum reus absolvatur. Quod si probet ille sibi deberi, jam nihil habet reus quod queratur, si quod eum debere constet cogatur præstare. Nisi quis putet in eo fieri illi injuriam, quod coactus sit litigare qui fortasse litigaturus non esset, si certo scisset quid a se peteretur. Sed ea res excusare eum potest a sumptibus litis, eximere autem a præstatione rei vere debitæ non potest. Quanquam ne in sumtibus quidem

(2) Convenit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1. *n.* 18. Omnia, id est quidquid sub petitione proposita aut libello comprehendi potest quidquid in judicio versatur, veluti fructus, expensæ non petitæ.

(3) Ambigua petitio accipitur juxta intentionem proferentis, modo postea probatio clara afferatur. Veluti: Ago contra mulierem ex intercessione. Sustinetur libellus, si postea allegem caussam, cur mulier ea Vellejano non juvetur, ita Nic. Vall. *de Tr.* 1. *n.* 18. *et* 19. Sed concinnius exemplum Donelli petitum *ex L.* 83. §. 1. *de V. O.* vid. Duar. *ad tit. D. de judic. f.* 164. *et ad d. L.* 83. §. 1. qui ostendit nullam hic esse captionem rei, cum requiratur eadem probatio ac si nulla dissensio esset. Non obstat *L.* 39. *de pact.* vid. Ant. Fab. *ibid.* et Pac. 2. *Enant. Quæst.* 7.

litis habet quo culpam deprecetur. Etenim si scivit de quo Sticho actor sentiret, amplius certior fieri non debuit. Si dubitavit, vel hæc ipsius culpa est quod petitorem non rogavit quem Stichum intelligeret.

V. Tantum de intentionis verbis excipiuntur duo. Primum, si quid sit de quo actum sit nominatim ne veniret in judicium, *d. L. solemus*. De quo jam dixi, et dubitationem non habet. Deinde, si sit ejusmodi quod ante intentionem nondum acciderat, sed accidat post litem contestatam, quanvis ante rem judicatam. Huc enim referri debet illud Pauli ex *L. non potest. D. de judic.* Non potest videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidit: ideoque alia interpellatione opus est. Cujus rei exemplum licet ab eodem sumere ex *L. Antæus. §. ult.* et *L. seq. D. de aq. plu. arcen. act.* Egit quis pluviæ arcendæ, ut opus quod factum erat, quo aqua restagnabat, tolleretur, et aqua arceretur. Respondet ille id contineri judicio, ut opus quod ante factum erat, tollatur. Si quid autem factum sit post litem contestatam, quanvis eodem loco, novo judicio opus esse. Atqui verbis intentionis utrumque continetur opus, si verba tantum spectemus; sed jure non continetur quod postea accidit. Et merito. Non enim potest in judicium deduci quod jure peti non potest. Non potest autem quod non debetur; nec vero debetur quod nondum accidit estque in pendenti. Unde dictum est judicium in pendenti esse non posse vel de iis rebus quæ postea in obligationem adventuræ sunt, *L. non quemadmodum. D. de judic.* Sed pertinet hæc definitio Pauli ad rem principalem; non pertinet ad rei petitæ accessiones, de quo paulo post.

VI. Hic tamen de re etiam principali proferuntur nonnullæ actiones, in quibus videri possit in judicium venire id quod post litem contestatam accidit. Nam primum in omnibus in rem actionibus ita jus est, ut possessor rem petitam debeat restituere quam possidet rei judicatæ tempore, quanvis post litem contestatam possidere cœperit. *L. 4. D. de pet. her. L. quæsitum. D. de pecul.* ut videri possit in judicium et sententiam venire possessio quæ tamen postea contigit. Deinde cum agitur adversus patrem de peculio, etsi quid redactum sit in peculium post litem contestatam; tamen eatenus pater eo judicio condemnatur, *d. L. quæsitum.* Postremum in pignoratitia actione hoc juris est, ut cum ea actione frustra conveniatur creditor, nisi omnis pecunia soluta sit; si tamen actum sit, et debitor postea ante rem judicatam pecuniam offerat, non novo judicio sit opus, sed creditor eodem illo judicio condemnetur, *L. si rem, §. ult. D. de pig. act.* Et sunt sane supra scripta omnia, ut possideat nimirum reus, ut peculium habeat, ut pecunia solvatur: sunt, inquam, hæc omnia ejusmodi quæ eveniant post litem contestatam: sed non ea quæ veniant in judicium, et quæ petantur. Nam quod attinet ad actiones in rem, in his res possessa vindicatur, non rei possessio: nisi forte per consequentiam hoc petitur ut ad nos revertatur. In actione de peculio damnatur de peculio pater, et quidem quantumcunque id post litem contestatam auctum sit. Interim petitur a patre quod filius debuit, non petitur peculium. Itaque, quanvis ab initio nihil sit in peculio, tamen, auctore Proculo, recte intendit creditor sibi dari oportere, *d. L. quæsitum. de pecul.* Denique peculium, ut principaliter in judicium non venit, sic nec venit in condemnationem, tametsi sine peculio creditori non satis fieret. Tantundem de pignoratitia actione licet dicere, in qua constat rem pignori datam peti, eoque et deduci in judicium; non item pecuniam creditam, etsi, non oblata pecunia, res inutiliter petatur.

VII. Tacite petuntur quæ, verbis intentionis non expressa, per consequentiam rei petitæ et ipsa petita intelliguntur. Quo in genere sunt fructus et reliquæ accessiones rei petitæ. Quisquis enim fundum petit, etsi nihil adjiciat aliud; tamen vi ipsa id quoque petere intelligitur quod fundus, si statim datus restitutusve esset, adjiceret petitori, et sine quo non videatur fundus ab initio datus esse. Non videatur autem datus, nisi una et fructus postea percepti et similes accessiones restituantur, quia si statim datus esset fundus, haberet actor et fructus et cætera quæ deinde ex re nata sunt sive accesserunt. Itaque, quanvis illa nominatim designata et petita non sint, una cum re, puto tamen venire omnia in judicium sua sponte, quasi petita hoc ipso quod res principalis petita est: et judicem qui reum de re petita condemnavit, debere quoque et illum condemnare de fructibus et cæteris accessionibus. Venire illa in judicium et debere judicem de his quoque pronunciare, pluribus locis traditum est quam ut possit de eo dubitari, *L. cum fundus. D. si cer. pet. L. 2. D. de usur. L. illud. D. de pet. her. L. præterea. D. de rei vind.* Sed sunt qui putent hoc ita accipiendum esse, si et actor petierit; et quia non existimant aliter

peti quam si designentur verbis intentionis, addunt: Si actor nominatim petierit. Ego concedam non venire nisi petita, sed puto satis peti hoc ipso quod res petitur principalis. Et ideo Papinianus in d. L. 2. D. de usur. ob id ista præstanda esse ait, *quod tale quidquam dari debeat, quale est cum petitur*, significans sine his non videri rem dari. Cui congruit quod Paulus scribit in *L. ex diverso*, §. 1. *D.* de rei vind. *ubi alienum fundum petit, et judex sententia declaravit meum esse, debere etiam de fructibus possessorem condemnari*; et addit: *alioquin, ut Martianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui*. Utcunque hoc se habeat, non multum ad rem pertinet fortassis, dum illud constet venire illa in judicium, etsi nominatim non sint petita; hoc autem pene diserte probat Ulpianus in *L. Ædiles*, §. *item sciendum*, *D. de æd. edic.* Ait enim: *post judicium acceptum totam rem ad hominem restituendum, in judicio versari; et tam fructus quam id quo deterior factus est, cæteraque venire*. Cæteraque intellige rei commoda. Fructus igitur et reliquas accessiones *in judicio versari ait*. Quid autem addit? *Judici enim*, inquit, *postquam judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæ in judicio versantur. Ea autem quæ ante judicium contingunt, non valde ad eum pertinent, nisi nominatim fuerint ei injuncta*. Cum ea quæ post judicium acceptum accidunt et illa quæ ante, pariter ad judicem pertinere dicit, cæterum ea ita separat, ut dicat illa quæ ante contingunt, ad eum non pertinere, nisi nominatim ei fuerint injuncta; aperte declarat ea, quæ contingunt postea, in quo genere fructus et reliquas accessiones posuerat in judicio versari et ad judicis officium pertinere, etsi (4) non fuerint nominatim petita, ac propter intentionem actoris nominatim judici injuncta. Sed ne longius abierimus, cur solum eos fructus easque accessiones in judicium venire dicimus, quæ post judicium acceptum contingunt; cum constet etiam eå quæ ante litem contestatam ex re nostra mala fide percepta sunt, in judicium deduci posse una cum re? An non eo fit, quia intelligimus ea quæ post litem contestatam contingunt sua sponte venire et per consequentiam rei petitæ; illa autem quæ ante contigerunt, non ita ut fructus et consequentias rei, sed ut res principales, idest ita si nominatim et principaliter petantur? Neque id injuria. Quæ enim jam ante nata sunt, ea a re separata, jam non sunt pars rei, sed per se proprium corpus efficiunt. Quæ vero nascitura sunt postea, ea priusquam consistant quasi sint in re aut ex re caussam habeant ut sint, quodammodo pars rei sunt; certe ejusmodi quæ a re divelli non possint. Quo fit ut recte dixerimus, re principali petita, hæc quoque videri petita tacite ut partes aut appendices rei; istaque ipsa ratione, potestate intentionis et judicii in judicium venire etiam non nominatim judici commissa. Interim meminerimus loqui nos de iis fructibus et accessionibus quæ contingunt post litem contestatam; ut appareat hoc dicere nos deduci ista in judicium, quamvis post judicium acceptum incidant.

VIII. Cui jam videri potest contrarium illud quod Paulus generaliter definit, non videri in judicium venisse quod post litem contestatam accidit, *d. L. non potest, D. de jud.* Sed, quod supra monueram, animadverti debet de (5) re principali illum loqui, non de rei petitæ accessionibus. Etsi enim de re nihil exprimit, tamen quid sentiat satis declarat sequentibus verbis, cum ait: *et ideo nova interpellatione opus est:* Non est interpellatio et petitio nova, nisi de re principali. De accessionibus nulla est. Quocunque enim in judicio agitur de accessonibus, sciendum est unam esse actionem de re duntaxat, circa cujus exsecutionem accessionis ratio habetur officio judicis. Unde si de accessionibus nihil pronunciarit judex, nulla de his superest actio, *L. certum, D. de eo quod cer. loc. L. terminato, C. de fruct. et lit. exp. L. 4. C. depo.* Nec abs re est quod accessiones quæ post litem contestatam accidunt, in judicium veniunt: res principalis quæ postea accidit, non item. Res enim petita accessiones quoque suas secum trahit; ut consequens sit, cum illa quovis modo in judicium deducta erit, quandiu in judicio versabitur, tandiu per eam versari quoque in judicio rei accessiones quæ ante rem judicatam acciderint. Res ipsa principalis enim ab alia re non trahatur, non potest, nisi per se propria actione petita sit, in judicium deduci. Non est autem actio et petitio de re qualibet, priusquam debeatur; nec debetur quod postea futurum est, priusquam accidat. Ita fit ut,

(4) Vid. *supra Lib. 20. Cap. 6. ibique not.* et confer Vant. *de Nullit. sent. ex defectu processus n. 97.* Georg. de Cabedo *Decis.* 68. *Parte* 1. Exactius hæc in præsentiarum expendere nec vacat, nec locus est.

(5) Ita et Don. *ad L. 31. de reb. cred. n. 6.*

ante quam accidat, non possit in judicium venire.

IX. Ipso (6) jure deducuntur in judicium sumptus et impensæ litis. In judicium venire constat, cum jubeatur judex eum qui victus est in impensas litis condemnare, caussa prius cognita, an æquum sit eas a victo dependi, ut supra dixi. Dico eas venire in judicium ipso jure, quia ita jubetur judex constitutionibus victum in impensas litis condemnare, ut nihil distinguatur utrum de his ulla mentio facta sit in lite contestanda, an non sit. Verba Justiniani de hoc genere hæc sunt in *L. properandum*, *§. sive autem*, C. de jud. *omnes judices qui sub imperio nostro constituti sunt, sciant victum in exspensarum caussa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium juraverit: non ignorantes, quod si hoc prætermiserint, ipsi de proprio huic pœnæ subjacebunt, et reddere eam parti læsæ coarctabuntur.* Hæc Justinianus. Et quumodo tandem petantur impensæ prius quam debeantur? Quomodo autem deberi possunt, prius quam factæ sint? Quamobrem eas jure in judicium deduci necesse est, non postea petitione.

X. Apparet ex his tria esse in summa quæ veniant in judicium, rem judicio petitam nominatim, fructus et reliquas accessiones rei petitæ, quæ quidem post judicium acceptum contingant, item sumptus et impensas litis; quanvis neque accessiones, neque sumptus nominatim petita sint. Quod si verum est quod initio definivimus, in id quod in judicium deductum est, condemnationem fieri oportere, non in aliud efficitur, *ut quot nominibus petitor rem petitam in judicium deducere teneatur*; totidem esse quæ judex, si reum condemnet, sententia complecti debeat ut reum in ea condemnet. Sin absolvat, unam esse rem in quam actorem condemnare debeat, litis sumptus. Eidemque regulæ consequens est sic judicem debere reum in hæc condemnare, ut in alia non possit: ac de accessionibus, itemque sumptibus litis quid pronunciare debeat judex supra dictum est. De re petita ne dubitetur, hanc ideo dici in judicium venire, quod judex reum in hanc ipsam rem condemnat, non in aliam. Justinianus in *L. ult. C. de fidei, liber.* se mirari ait eum judicem qui, homine legato petito, heredem condemnaverit non ad hominem, sed in æstimationem hominis; significans fuisse ex jure et officio judicis ut reum in hominem petitum condemnaret, non in aliam rem, ne si damnaret quidem in æstimationem. Et merito id quidem. Quid enim agitur judicio, nisi ut eo consequamur quod in judicium deductum est? Quomodo autem id consequemur, nisi judex reum in id condemnet?

(6) Vulgo tamen plures docent in expensas condemnationem non fieri nisi nominatim petitæ sint, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 108. scribens ex usu judiciorum requiri expressam petitionem. Gœd. *ad L. 7. de V. S. num.* 11. Oltrech. *de Concip. libell. C.* 16. *n.* 31. Sed Donello consentit Nic. Valla *de Reb. dub. Tr.* 1. *n.* 18. Alii posse judicem ex officio non petitas adjudicare, sed non teneri, ut citati *supra Lib.* 23. *Cap.* 4. *claus.* 5. et Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 21. Myns. 4. *Obs.* 55. ubi ita observari in Camera testatur, si æquum visum sit, idque maxime vi clausulæ qua petitur jus et justitia ministrari.

## CAP. V.

Quibusdam in caussis receptum esse, ut condemnatio fiat, aut in æstimationem speciei petitæ, aut in id quod interest: et quibus.

*Condemnatio fit in petitæ rei æstimationem, quoties necessitas suadet, aut æquitas.* I.
*Necessitate fit ea condemnatio, cum res interiit mora debitoris; cujus temporis æstimatio tum ineunda.* II.
*Æquitate verò quatuor ex caussis:*
1. *cum petitur aliena res quæ immenso pretio veneat a domino; qualis hic æstimatio.* III.
2. *Cum legatus servus petitur, qui aut est pater, aut naturalis filius heredis.* IV.
3. *Cum res commode dividi non potest: hujus divisionis exempla.* V.
4. *Si sit ea res quæ potest esse pluris aut minoris post rem judicatam; quæ res sint tales.* VI. VII.

*Talium rerum æstimationem fieri aut ex die quo convenit ut darentur, aut ex quo earum lis contestata in strictis judiciis; in bonæ fidei secus.* VII.
*In eas res quæ sua specie æstimantur, licet in genere petitas, fit condemnatio.* VIII.
*In actionibus in quibus ut quid fiat petitur: ubi res interiit qua de agitur, perpetuo fit in id quod interest condemnatio.* IX.
*Ubi vero res exstet, etiam post judicis de re restituenda jussum, superest in actionibus in rem condemnatio ad id quod interest, et quomodo.* X.
*Ut et in actionibus arbitrariis.* XIII.
*In actionibus in quibus ad dandum agitur, fit statim in eo condemnatio ut detur res, aut æstimatio.* XI.
*Cur aliud in actionibus in rem.* XII. XVII.
*In actionibus quæ ex faciendi obligatione nascuntur, in id quod interest statim fit condemnatio.* XIV.
*Ratio.* XV. XVI.
*De eo quod interest, et de illius æstimatione quo in loco tractaverit auctor.* XVIII.
*Aditus ad Cap. seq.* XIX.

I. Etsi hoc ita actionis et judicii ratio exigere videtur, non tamen est perpetuum. Receptum est enim compluribus in caussis ut condemnatio fiat non in rem petitam sed in rei petitæ æstimationem, idest in petitione quidem dandi, in id quanti ea res est quæ petitur: in petitione autem facti, in id quod interest. Quod et ipsum æstimatio est facti, vel utilitatis ejus quam ex facto actor consequi potuit. Cur ita placeat (quando a superiore regula sine magna et evidenti caussa recedi non oportet) caussæ genere duæ sunt. Alias necessitas hanc condemnationem exprimit, si quidem actori satis factum volumus; alias suadet æquitas et utilitas rei.

II. Illic necesse est hoc ita fieri, cum res petita aut culpa rei aut post ejus moram in rerum natura esse desiit, facit culpa vel mora rei ut, quamvis sit perempta, teneatur is nihilominus. *L. item si,* in fin. *L. qui petitorio,* §. 1. *D. de rei vind. L. si servum,* in prin. et §. *sequitur, D. de verb. oblig.* Sed enim non potest ea res deberi quæ natura præstari non potest, *L. in re, D. de cond. furt. L. impossibilium, D. de reg. jur.* Nec vero potest quisquam jure damnari in eam rem quam non debet. Sic enim definitur actio, jus persequendi judicio quod nobis debetur. Quo fit ut; re perempta, si quid debeatur a reo, debeatur rei peremptæ æstimatio, in eamque ipsam condemnari debeat; quod et receptum est *d. L. in re, L. arbitrio,* in prin. vers. *non tantum, D. de dolo.* Et, ut nihil dicatur amplius, vel hoc ipsum satis caussæ est cur in hac re non debeat reus in rem petitam condemnari; quod si damnatus erit, sententia nihil egerit, cum ea res non possit præstari. Hic vero si quæratur cujus temporis æstimatio facienda sit, distinguamus ex sententia. *L. 3. D. de cond. trit.* ut, si quidem res deterior facta non sit ante quam interiit, tum spectetur non quidem novissimæ vitæ tempus, ne ad exiguum precium æstimatio redigatur, sed illud quo incidit in morbum vel vulnus accepit, ex quibus rebus interiit. Sin ante facta sit deterior, tum ad tempus moræ reducatur æstimatio; idest tanti res æstimetur quanti plurimi fuit cum mora facta est, *d. L. in re,* §. 1. *D. de cond. fur.* hoc ut dixi, necessitas rei exigit.

Sed etiam tum cum potest res per rerum naturam præstari, tamen multis modis æquum est reum præstatione rei petitæ liberari, proindeque damnari potius in æstimationem.

III. Cur ita videatur æquum, quatuor sunt caussæ. Interdum res aliena est quæ petitur, quam dominus vendidit quidem, sed non nisi immenso precio. Non est æquum, si reus non desierit eam rem dolo malo possidere, cogi eum emere rem quam non habet, ea conditione ut supra justam æstimationem oneretur; alioqui plus cogetur præstare quam debuit. Ita, quoniam alia conditione rem habere non potest, restat ut non in rem quam non habet, sed in veram æstimationem ejus adversario damnetur. Hoc faciendum esse in re aliena legata quæ exigatur ab herede, quam eandem dominus aut non vendat, aut vendat immenso pretio, scriptum est in *L. si domus, §. qui confitetur, D. de leg.* 1. Cur non idem respondeatur in omnibus rebus debitis quæ dolo debitoris non absunt, ratio reddi non potest. In quo rursum si quæratur, cujus temporis æstimatio spectanda sit, cavetur in *d. L.* 3. *de cond. trit.*, quod hic teneamus, ad hanc sententiam: ubi de æstimatione rei quæ adhuc exstat quæritur (quod hoc casu contingit), spectandum esse condemnationis tempus duobus temporibus. Uno, cum res ante deterior facta non est, ut nunc quidem non sit minoris quam fuit tum cum petita est: altero, cum facta quidem est deterior, sed reus in re præstanda moram non fecit; quod accidit cum rem nunquam habuit, ut in ea specie de qua agimus. Nam, si moram fecerit in ea re (quod fit cum rem habuit cum petebatur, quam deinde consulto alienavit) eaque deinde deterior facta sit, faciendum est idem quod supra, ad tempus moræ videlicet reducenda æstimatio est.

IV. Interdum res debitoris est, habetque is ejus præstandæ facultatem; sed humanitas facit ne res ab illo abstrahi debeat, dum æstimationem offerat. Quod probatum est in servo legato qui sit pater heredis aut filius ejus naturalis, quem legatarius ab herede petat. Plus quam humanum est concedere hoc affectui et charitati patris, ut filium apud se habeat; pietati filii, ut apud se habeat patrem; humanum et illud habere rationem libertatis ad quam credibile est filium a patre, patrem a filio retineri, et hanc anteponi affectioni nescio cui actoris qui, dum habeat æstimationem, nullum ejus incommodum est si servo careat, pro quo facile alium possit parare: hoc idem scriptum ab Ulpiano eodem loco quo superius, positum est in *d. L. si domus, §. qui confitetur, de leg.* 1. de tempore quod in hac re æstimanda spectetur, idem quod in superiore specie tenebimus.

V. Nonnunquam ideo æquum rem ab eo cum quo agitur retineri; quia cum hoc ei utile est, tum vero non expedit ne actori quidem ipsi rem ad illum transferri ut petit. Quod accidit in judiciis divisoriis familiæ erciscundæ, communi dividundo, tum cum de una re dividenda agitur quæ non potest ita dividi, ut singuli ex sociis rei communis partes divisas obtineant sine incommodo. Et ideo, cum in his pars divisa petatur a singulis; tamen officium judicis in eo genere tale est ut, cum res commode dividi non poterit, ut homo, bos, equus, non eam dividat, alioqui eam perdet; sed quod ex usu est utrinsque, eam totam uni adjudicet et, re æstimata, eum invicem in æstimationem partis quam habet amplius quam pro jure communionis, alteri condemnet. Sin ita possit res dividi sine detrimento, ut tamen effici non possit quin unius pars alterius partem superet; jubetur judex dividere quidem hoc modo et singulis adjudicare partes; sed ita ut, quia plus uni tribuit quam justa divisio postulat, hunc invicem certa pecunia, nempe in æstimationem ejus quod amplius ei adjudicavit, alteri condemnet. Idem observatur in judicio finium regundorum, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit quam olim fuissent distincti. Placet enim ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari debere ita, ut is alteri in certam pecuniam condemnetur: hoc apud Justinianum, in *§. eadem*, et seq. *Inst. de off. jud.* Cætera in his judiciis quæ sunt in officio judicis; nempe, si plures sint res communes, ut singulas singulis adjudicet: et si in alterius persona prægravare videbitur, ut hunc certa pecunia alteri condemnet; tum ut, si quid in rebus communibus damni quis dedit, sive quid ad quem pervenit ex re communi, is eo nomine pro parte alteri damnetur: sin contra alicui sociorum quid abest societatis nomine, ut ei sententia judicis pro parte sanciatur; quibus in rebus versantur illæ quæ personales præstationes horum judiciorum appellantur. *§. si familiæ, Inst. de off. jud. L.* 3. *D. com. divid. L. item Labeo, §. familiæ, D. fam. ercis.* Hæc inquam omnia magis ex vi et potestate petitionis, quam contra petitionem statuuntur; his enim modis ut res communes

dividuntur : sic dividuntur commoda et incommoda quæ per occasionem communionis contigerunt, sed ut quisque sociorum nihil eorum amplius ferat, quam pro portione. Petitur autem his judiciis divisio, idque agitur ut a communione recedatur. Itaque nihil ea ad hunc locum. Tantum in his quæritur quæ sit ratio res dividendi, efficiendique ut a communione discedens unusquisque suam partem ferat integram, quod ex singulis judiciis petendum est.

VI. Postremo nonnunquam evenit ut debitor, si rem præstet post rem judicatam sicuti petita est, plus aut minus præstiturus sit quam habiturus foret petitor, si res statim restituta esset; quod non est æquum. Ut enim creditor in re de qua non convenit ut certo die daretur, id habere debet quod petiit quale est cum petitur, quodque ex ea habiturus foret, si eo tempore res data esset cum petita est; ita, dum id habeat, satis est, *L. 2. D. de usur. L. cum fundus, D. si cer. pet. L. illud, D. de petit. hered.* Ut autem plus minus re consequatur petitor, si reus rem ita ut petita est præstet, contingit tum eum genus petitum est earum rerum, quarum in genere ipso certa est æstimatio et ejusmodi quæ temporibus commutetur, quales sunt quæ constant pondere aut mensura; ut si creditor ex caussa mutui petierit decem modios frumenti aut vini decem dolia, deinde sententia judicis cogatur reus tot modios frumenti, tot vini dolia præstare. Nam hæc qui petiit, petitionem retulit ad id vinum quod tunc est eum agitur.

VII. In universum enim probandum est, eum qui suum aut sibi debitum quid nominat, semper præsens tempus demonstrare intelligi, *L. si ita legatum, D. de aur. et arg. leg.* Finge ergo minutam esse æstimationem vini eo tempore cum res judicatur; si liberatur reus vinum dando, non consequitur creditor eam æstimationem quam, si vellet, esset habiturus, si statim vinum datum esset. Fac contra auctam esse æstimationem: si cogitur reus vinum dare, plus petitor consequitur quam consequeretur, si statim vinum esset restitutum. Quorum utrunque, cum, ut dixi, sit iniquum et contra rationem juris, consequens est in vinum quod nunc est non debere reum condemnari, sed in id quod fuit cum petitum est; quod ita fit, si damnetur in ejus vini æstimationem. Nec quisquam dicat, si vinum quod petitum est ab initio datum foret, petitorem ejus æstimationem fuisse habiturum quæ postea secuta est; qui scis enim, si id datum esset, an fuerit usque ad rem judicatam permansurum? Nam profecto alienari potuit, et consumi a creditore, et ipso casu perire. Et vero cum datum non sit, non possumus affirmare id fuisse mansurum quod datum esse et mansisse non constat. Idem de specie certa petita dici non potest; etsi enim hæc, si data esset initio, perire eodem modo potuerit et consumi; tamen, quia id factum non esse constat, cum exstet res etiam nunc tempore rei judicatæ; ideo in re certa quod evenerit spectare oportet, non quid potuerit evenire: hæc caussa est cur placeat, vino petito in genere, condemnationem fieri debere in æstimationem vini: at in hac, si quæratur cujus temporis æstimatio spectanda sit, ejus temporis esse spectandam quo convenit ut vinum daretur; si non convenit, tum esse spectandam quanti vinum fuerit cum lis contestata est, *L. vinum, D. si cer. pet. L. ult. D. de cond. triti.* Sic enim fiet, ut consequatur creditor id de quo actum est vel quod petit, quale tunc erat, nec quidquam amplius, ubi certum non sit petitorem id habiturum fuisse, quamvis res statim esset restituta. Et hoc spectatur in strictis judiciis. In bonæ fidei judiciis, rei judicandæ tempus quanti res sit observatur, *L. 3. §. in hac, D. commod. L. 3. §. ult. D. de actio. em.* Sed de hac re tota disserui (1) diligentius in *L. vinum, D. si cer. pet.*

VIII. Illud animadvertendum, fieri hanc condemnationem in genere earum rerum quæ pondere, numero, aut mensura constant; quia recipiunt certam æstimationem in singulis ponderibus et mensuris, in quam proinde condemnatio fieri potest. Cæteris autem

(1) De quo et fusissime disceptant Anton. Fab. 16. *Conject.* 1. *et seqq.* et 16. *Err. Prag.* 1. *et seqq.* ac *Cod. suo Titul. Si cert. pet. definit.* 7. *et seqq.* Andr. Kohl. *Exerc. legali* 10. *et seqq.* Marc. Lycklama *in Repet. d. L. vinum.* Gasp. Schifordegher. *Lib.* 1. *ad Ant. Fab. Tract.* 20. *et seqq.* Strictius Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 11. *Concl.* 6. Vaud. 1. *Q.* 41. *n.* 19. *et seqq.* Charond. 1. *Verisim.* 12. Andr. Clud. *de Condict. certi. C.* 4. *n.* 125. *et seqq.* Arumæ. *de Mora C.* 8. *n.* 5. Jo. Kitzel. *de Oblig. Mutui C.* 9. Confer Munnozz. *de Ratiocin. C.* 17. Ego me huic liti non implico, quam alio tempore pro virili tractabo in Comm. de bona et mala fide etc. De æstimatoribus, qui pretium definiunt vid. præter citatos *supra Lib.* 21. *C.* 1. *N.* 4. Valasc. *Praxi collat. C.* 9. Jo. Garsia Gallec. *de Expens. C.* 24. Menoch. *Adipisc. possess. Remed.* 5. *n.* 162. *et seqq.* add. *Nov. Sax. Elect.* 32. *p.* 1. et ibi Moller. Confer Dominic. Soto *Lib.* 6. *de Just et Jur. Q.* 2, *Art.* 3.

rebus quæ sua tantum specie æstimantur generaliter petitis, ut homine, equo, bove, non solum in hæc eadem condemnabitur reus; sed etiam ita eum condemnare necesse est, non in rei petitæ æstimationem: homine quovis generaliter petito, ut non omnes homines simul petiti intelligantur sed unus homo ex omnibus, sic non potest nisi unus æstimari. et is quidem qui sit certus et quam prius constiterit debere dari: hoc autem ante sententiam constare non potest; quis enim detur in electione rei ita positum est, non actoris. Ita cum non sit quod æstimetur, necesse est qualis petitio fuit talem quoque fieri condemnationem: adde quod non est periculum ne hoc modo majoris pretii hominem actor consequatur quam ab initio petiit; cum enim certum hominem nullum petierit, apparet eum nec certi pretii hominem petiisse.

IX. Eædem caussæ et similes efficiunt in iis actionibus quibus ut quid fiat petitur, ut fiat condemnatio maxima ex parte, non in hoc ut reus faciat quod petitum est, sed in id quod interest id fuisse factum. Petitur ut quid fiat in actionibus in rem omnibus, in quibus hoc agitur ut res petita restituatur. Item in actione ad exhibendum, tum in actionibus in personam, quibus aut ad rem restituendam agitur quæ a nobis profecta sit, cujus proprietas a nobis non recesserit, ut commodati, depositi, mandati; aut ad rem tradendam, ut in actione ex stipulatu, cum rem stipulati sumus. Si quidem ergo res, de qua agitur interiit, eadem necessitas quæ supra, cogit condemnationem fieri in id quod interest; postquam non possit reus utiliter damnari ad restitutionem, exhibitionem, traditionem ejus rei quæ restitui, exhiberi, tradi non potest. *d. L. arbitrio*, in princ. vers. *non tamen, D. de dolo.*

X. Sed etsi res extabit et erit quod natura possit præstari, tamen ea est horum judiciorum conditio ut, quemadmodum dixi, magna ex parte condemnatio fiat in id quod interest. Interdum quidem ut reus faciat quod petitur, sed raro: et quamvis id factum sit primo, tamen ut plurimum pergit judex, et summa condemnatio est in id quod interest. De caussis paulo post. Ante, quod sit in his judiciis circa condemnationem judicis officium breviter dicam: quando id est ab eo quod in aliis judiciis receptum est, longe diversum, et de eo inter omnes convenit. Ergo in actionibus in rem officium judicis tale est. Primum, quia de jure rei petitæ agitur, quo jure actor rem ad se pertinere et sibi restitui debere intendit, ante omnia declarat sententia sua judex rem controversam eo jure esse quo intenditur; ut si rem suam esse intendat actor, declarat judex ejus esse, *L. ex diverso*, §. 1. *D. de rei vindic.* Quod proximum est, quoniam petitur rei restitutio, in re exstante (de qua nunc nobis sermo est) semper jubet possessorem rem restituere: hunc jussum pro justa sententia esse fortasse quis existimaverit sic ut, eo interposito, necesse sit judici quiescere, tanquam officio suo functus sit, ut qui hoc modo pronunciaverit de re controversa et reum condemnarit, *arg. L. judex, D. de re jud.* Et habetur quidem certe hic jussus pro sententia interdum, verum non semper; sed et post hunc restat etiam nunc judici sententia ut plurimum, qua reum in id quod interest condemnet. Quod cum ita sit, non tantum quia hic jussus adeo dissimilem vim ad judicium transigendum habet, sed etiam quia hoc totum jus posterius hujus generis actionum proprium est et ab aliarum actionum jure abhorret; quale sit præcipue in officio ejus qui de hac actione judicat considerandum est. Si quidem ergo possessor jussus rem restituit aut non restituit quidem, sed eam habet in potestate; jussus pro justa sententia est, sic uti ultra nihil habeat judex quod de re pronunciet et in quo reum condemnet. Priore casu, quia possessor jussui parendo eumque voluntate sua ita confirmando, nihil reliquit judici quod amplius de re pronunciaret. Posteriore, quia, etsi possessor non paret judici volens, tamen magistratus jussum exequendo rem ei aufert etiam manu militari, quo modo efficiatur ut jussus sententiæ et rei judicatæ vim obtineat. Hæc colligimus ex *L. qui restituere*, in princ. *D. de rei vind.* Quod si restituere jussus, neque rem restituit neque eam in potestate habet, dum eam aut dolo malo, aut culpa desiit possidere; hic jam incipit superior jussus in ea caussa esse ut habeatur pro admonitione duntaxat et arbitrio judicis tanquam amici officio fungentis monentisque ut possessor rem restituat, non etiam pro condemnatione. Etenim, si pro condemnatione haberetur, judicata res esset, et sive bene sive male, officio suo functus esset judex nec ultra posset progredi, *d. L. judex, D. de re jud.* Nunc autem hoc servatur ut, quasi sententiam non dixisset prius, sequatur ejus (2) condemnatio nova qua damnatur

(2) Et hinc quia condemnatio sequitur, jussum illum seu arbitrium nunquam esse sententiam, arguit Ant. Fab. 16. *Conject.* 17. et 17. *Err. Prag.* 6, ac 18. *Err. Prag.* 4. et

reus in id quod interest. Hoc in *d. L. Qui restituere, 2. respon.*

XI. Non idem fit in iis judiciis omnibus in quibus ad dandum agitur. In his, si damnatur reus ut rem det, nihil amplius quæritur; si damnatur in æstimationem, statim damnatur, nec ullus præcedit jussus ut rem det, ut sic, ea non data, sequatur condemnatio. Et recte; non enim est necesse. Si namque damnatur reus rem dare et non dat, nihil opus est propria cognitione et sententia de rei æstimatione, quæ certa esse potest sine judice quamdiu res exstat. Si damnatur in æstimationem, id tum fit cum æquum est reum in rem ipsam non damnari, ut supra diximus; ut proinde vel stultum vel iniquum sit jubere rem dari quam scias dari non debere.

XII. Cur ergo in actionibus in rem, et similibus contra fit potius? Quia judicii necessitas tale officium judicis exigit. Nam primum in his quandiu res restitui potest, æquum est semper reum juberi ut rem restituat, ob eam caussam quam mox dicam. Quod si restituere jussus non restituit neque rem habet, nihil est jam quod ab eo exigatur, præter facti æstimationem ea est autem id quod interest. Atqui ad id æstimandum sententia judicis opus est. Res enim in facto posita est, qualenus cujusque intersit, et disquisitione indiget non minore quam reliqua quæ in judicium deducuntur, *L. quatenus D. de reg. jur. L. D. de prætor, stipul.* Hactenus igitur et officium judicis fuit protrahendum, alioqui sententia sua controversiam non diremerit.

XIII. Quod in actionibus in rem juris est, idem locum habet et in actionibus in personam, in quibus agitur de re restituenda quæ quidem profecta sit a nobis ita ut a nobis proprietas non recederet, ut commodati, depositi, item in interdictis quibus id agitur ut opus quod factum est restituatur, *d. L. qui restituere* in fin. Idem placet et in actione ad exhibendum, *§. præterea, Inst. de action.* Ita pendet in his condemnatio ex arbitrio judicis; id est ex eo, utrum judicis arbitrio pareas necne; unde et arbitrariæ dictæ sunt hujusmodi actiones, *d. §. præterea.*

XIV. Reliquæ sunt actiones in personam quæ ex obligatione faciendi nascuntur, ubi quid tradi debet. Ex exstat in *L. si quis ab alio* in fin. *D. de re judic.* de faciendi obligationibus definitio hujusmodi: Evenire hoc in omnibus faciendi obligationibus ut, si non fiat quod promissum est, condemnetur reus in pecuniam numeratam, id est in id quod interest. Qua declaratur et in tradendi obligationibus, sive actionibus iis quæ inde nascuntur, isto modo reum condemnari; et quoniam dicitur non agi isto modo, sed isto modo condemnationem fieri; hinc colligimus sic condemnari reum in omnibus, non tantum si creditor egerit in id quod interest, quod dubitationem non habet; sed etiam si petierit ab initio rem sibi tradi, quæ ex empto aut stipulatu tradi debuit; quorum utrumque et cum restituendi obligationibus congruit. Nam et tunc cum ad restituendam rem agitur, etsi jubetur primo reus rem restituere; tamen, si non fit quod debetur, jam dixi condemnationem fieri in id quod interest. Sed hoc distant aliæ actiones ab aliis, quod eæ in quibus ad dandum, tradendumve agitur arbitrariæ non sunt. Qua ex re intelligemus in his, nulla habita ratione utrum possit reus tradere nec ne, prætermisso præterea jussu ut reus tradat, statim condemnationem fieri in id quod interest.

XV. Nunc conabor hujus juris rationem exponere. Ergo in obligationibus faciendi, si non fiat quod promissum est, condemnatio fit in id quod interest; primum eum promittit quis quid se facturum, non tam factum videntur cogitasse contrahentes, quam facti utilitatem. Ex quo est, quod jam ab initio in ejusmodi obligationibus existimatur id quod interest contineri, *L. si pœnam, L. quoties quis,* 81. *D. de verb. obl.* Et illud quod est consequens, quod dicitur justa æstimatione facti dandam esse petitionem, *L. stipulationes non. vers. Celsus, D. eod.* Qua de re si quis plura desiderat, dixi quantum satis esse videbatur ad *L. si quis ab alio, D. D. de re judic,* et ad *L. stipulationes, de V. O.*

XVI. Secundum quæ, recte dicetur eum qui petiit ut quid fieret in eo quod prius ad jus ejus non pertinuit, et si videtur verbis factum deduxisse in judicium, vi tamen ipsa et sententia verborum utilitatem facti, id est id quod interest deduxisse. Tum autem, ut detur deduxisse factum, tamen con-

*passim.* Et jussum illum pro interlocutione habent Menoch. *Arb. Q.* 3. *n.* 9. Vaud. 1. *Q.* 54 ac non juris actionis, sed judicis officio expediri, Mudæ. *in* §. 1. *Inst. de act. n.* 39. Surdivin. *ibid. n.* 62. Menoch. *Adipisc. pass. Remed.* 4. *n.* 524. Quod Molinæ. *in Novo intellectu, L. si partem,* 19. *Quem serv. amit. et aliar. quas conjunxit n.* 23. refellere nititur. Sed hac de re quid nostri judicii, alio tempore.

demnatio facienda est potius in æstimationem facti; quia si reus recusat facere quod promisit ut hactenus fecit, sententia erit ipsi etiam actori inutilis. Nam magistratus qui sententiam exsequitur, extorquere ab invito reo non potest ut faciat. Tantum potest pecuniam, æstimationem ejus quod interest. Hanc vero non potest, nisi prius certum factum sit quanti ejus intersit; nec vero potest certum fieri, nisi sententia judicis: quoniam, ut supra dixi, res in facto posita præcipue inter alias cognitiones definitione judicis indiget. Sed cur non placet primo juberi reum ut rem tradat, ut sic exspectetur an faciat necne; tum deinde, ni faciat, damnetur in id quod interest? Quia nulla æquitatis ratio cogit id exspectari, atque ita differri judicium. Sive enim de affectione actoris in re quæ numquam illius fuit nulla ratio habenda est, sive quæritur de ejus utilitate, nihil ejus interest habere quod petit, dum consequatur eam utilitatem quam ex facto volebat consequi. Quod ad reum attinet, non est metuendum ne dicatur ejus interesse ne in aliam rem damnetur, quam quæ petita est. Cum enim nolit facere quod eum jure facere oportebat, si ob eam caussam damnatur in pecuniam numeratam, id voluntati et contumaciæ suæ expensum ferre debet.

XVII In actionibus in rem, itemque his in quibus ad exhibendum aut rem constituendam agitur, contra receptum est contrariis de caussis. Primum est æquissimum quod a nobis profectum sit et ad nos etiam jure pertineat, id ad nos etiam reverti, si potest; et ut credibile est, id pertinere ad voluntatem nostram, ita in eo affectionis nostræ, non tantum utilitatis haberi rationem. Cum hoc æquum est, tum vero potest judex consequi ut fiat, rem quam possidebit tenebitve, ei auferendo. Quod si res non possidebitur a reo; quia tamen ab eo recuperari potest, melius est tempus constitui ad eam restituendam, intra quod exspectetur an is condemnationem metuens jussui judicis pareat.

XVIII. Quid sit habendum in eo quod interest scripsimus in commentario de eo quod interest. Cujus temporis utilitas in eo spectanda sit a judice, idest an æstimandum sit quod quovis tempore interfuit, an solum quod interfuit tempore litis contestatæ, declaratur in *L. si calendis, D. de re judic.* quem locum illic pluribus exsecuti sumus.

XIX. Illud proprium est hujus loci diligenter monere, et videre quodnam sit in eo officium judicis; cum et res quæ dari debuit, et in facto id quod interest sit æstimandum, non unam in hac re receptam esse æstimandi rationem. Alias æstimatur res quanti vere est; quod positum est in judicis cognitione de qua supra dictum est. Alias quanti res erit ab actore æstimata, jurejurando in eam rem illi delato quod appellatur in litem; id est rem quæ in lite versatur, æstimet. Quod quia neque fit passim neque etiam convenit, ideo ubi id faciendum sit et quomodo in eo se gerat, judici videndum est.

## CAP. VI.

### De in litem jurando. Quid sit in litem jurare. Hujus jurisjurandi quæ species.

*In litem jurare, sive jurejurando æstimare litem quid sit; quid potissimum nomine litis significetur.* I. II.

*Tale jusjurandum æquitate exigente receptum esse.* III.

*Cum in rebus quæ dicuntur amissæ nec probantur, tum in earum æstimatione: posterius hoc quomodo temperatum.* IV.

*Item in sola rei petitæ æstimatione quam constat præstari debere, æstimatio fit aut pro affectione aut pro rei veritate.* V.

*Hinc esse jusjurandum, quod vulgo nuncupant, affectionis et veritatis: quid sit utrumque.* VI.

I. In litem (1) jurare nihil aliud est in usu juris, quam jurare in litis æstimationem, jurejurando litem æstimare, seu jurare quanti litem æstimes. Litem accipimus rem de qua lis et controversia est. Utrumque pene expressit Ulpianus in *L.* 1. hoc tit. *Crescere potest,* inquit, *condemnatio in judicio per jusjurandum in litem.* Et hoc ita explicat: *nec res,* inquit, *pluris fit per hoc, sed æstimatur ultra rei pretium.* Itemque ex eodem Ulpiano intelligimus in *L.* 3. et *L.* 4. §. 1. sed et Marcianus in *L.* 5. cum dixisset in certis judiciis in litem jurare, subjicit statim: *sed judex potest præfinire certam summam, ad quam usque juretur.* Ecce in summam certam et præfinitam jurare, et in litem jurare pro eodem posita. Ibidem, jusjurandum in litem deferri dicitur, ut inde possit judex rem æstimare. Nec aliud significant illi modi loquendi, in litem jurare quanti actoris intersit; quantitatis enim verbo æstimationem rei intelligimus, *L.* 3. *L. tutor, L. pen. h. tit. L.* 3. *D. ad exhib.* ubi dicitur judex quantitatem taxare. Lis igitur, idest res de qua lis est, ut antea dixi, figura usitata, (2) continens pro contento: unde illa passim in libris responsisque veterum Jurisconsultorum eodem more usurpata, litem alicui æstimatam esse, aliquem litis æstimationem sustulisse, *L. si propter, D. rer. amot. L.* 2. in fin. et *L.* 3. *D. pro empt. L. nec ullam, §. pen. D. de petit. her.*

II. At illud, inquies, quomodo potest recipi ut in litem interpretemur, in litis æstimationem? Nam si maxime diversa sunt res aliqua et ejus rei æstimatio, necesse est itidem maxime diversa videri litem et ejus litis æstimationem, ubi lis pro re de qua lis est accipiatur. Et necesse esset ita videri, si lis significaret omnem rem de qua lis est; quo sensu quodcumque jusjurandum interponeretur in lite de re aliqua, id recte diceretur in litem. Sed apparet veteres in hujus jurisjurandi appellatione verbum totius tribuisse præcipuæ parti litis per excellentiam; ut litem dicerent id quod est quidem in lite, sed quod est summum ac præcipuum, et ad quod totius litis finis atque exitus refertur. Ea autem est damni aut amissi lucri æstimatio quam actor judicio consequi contendit. Quo fit: parte, atque hoc effectu qui maxime lite petitur et in lite versatur, jusjuran-

(1) Materiam hanc plenius tractare vix sinunt quæ sequuntur. Nec temperare tamen possum quin aliquibus corruptionibus A. Fabri occurram. Omittenda itaque plura de quibus consulas ad totam materiam Duar. *ad hoc tit. D. in prioribus poster. Comm.* Baron. *ad eund.* et Borch. Synoptice, et Beust. (sed qui brevius) *ad Rub. D. de jurej. n.* 127. *et seqq.* Zas. *ad Sing. LL. h. t. D.* pleniorem tractatum, Jo. Bapt. Plot. *de in lit. jur. ad L.* 9. *C. unde vi.* Ad præcipua quædam ejusdem Menoch. *Arb. Cas.* 207. *et seq.* Coras. 6. *Misc.* 1. *et* 3. *seqq. et C.* 9. *ac ad L. in act.* 5. *h. t. Tomo* 1. *fol.* 606. *etc.* Charond. 3. *Verisim.* 8. Vital. *L.* 1. *Var. Lect.* 21. *et seq.* Goed. *ad L.* 192. *de V. S.* Sneidwin. *ad §. item si* 11. *Instit. de act. n.* 33. *et seqq. et ad §. praeterea.* 31. *eod. n.* 22. *ac seqq.* Munnoz. *de Ratiocin. C.* 9. *n.* 26. *usque ad n.* 39. *et n.* 55. *ac n.* 73. *et seqq.* Forst. *de jurisdict. Rom. p.* 2. *lege Numæ* 3. *n.* 33. *et seqq.* Matth. de Afflict. *Dec.* 169. (et ibi in annot. Cæs. Ursil.) *et Decis.* 330. *ac* 360. Vinc. Caroc. *Decis.* 12. M. Ant. de Amat. *Decis.* 165. Virgil. Pingiez. *Q.* 52. Polydor. Ripa *De Nocturno tempore C.* 30. *et seqq.*

(2) Duar. *ad hunc t. D. C.* 1. Borch. *hoc t. Cap.* 1. *n.* 8. Charond. 3. *Verisim.* 8. Lis non significat judicium, ut Azo et Hostiensis, quo in loco judicii præstetur, quia hoc commune est aliis, sed rem de qua contentio in judicio.

dum in litem dictum sit, quod esset in ipsam litis et rei in judicium deductæ æstimationem. Sed de verbo satis et tamen necessario, propter nonnullorum de eo dubitationes interpretationesque contrarias. Nunc de re ipsa dicamus.

III. Et cum hoc jurejurando constituatur actor judex in caussa sua, invito reo, quod genere ipso iniquum est, *L. Julianus autem*, 16. *D. de judic. tit. C. Ne quis in sua caussa jud.* certum est jusjurandum esse ejusmodi quod temere non fuerit admittendum, et quod dici solet, nihil de solemnibus immutandum, nisi ubi evidens æquitas posceret, *L. etsi, D. de reg. jur. L. pen. D. de in int. restit.* Quam ob caussam et hoc jusjurandum quibusdam in caussis ex æquitate ita exigente receptum est.

IV. Receptum est autem alias de rebus quæ amissæ dicuntur nec amissæ probantur, simul et de earum rerum æstimatione; alias de sola æstimatione rei petitæ, quam rem prius deberi aut præstari debere convenit. Prius introductum est constitutione Zenonis adversus eum qui vi aliquem de possessione dejecit, *L. si quando, C. Unde vi.* Nam, si is qui dejectus est quædam in ea vi sibi erepta aut amissa aut corrupta esse dicat et damnum ad certam summam æstimet, placet huic juranti credi non solum de æstimatione earum rerum quas prius fuisse ac per vim amissas esse constabit, sed etiam de ipsis rebus, numero et conditione earum, quanvis (3) aut non doceat se prius habuisse aut, cum haberet, per eam caussam amisisse: et in summa credi actori se ad hanc aut illam summam damnum passum esse juranti et, ut nunc loquimur, litem jurejurando tanti aut tanti æstimanti: cum hoc tamen temperamento, ut judex pro personarum et negotii qualitate taxet certam summam quam actori jurejurando excedere non liceat, ut illic in commentariis ad illum titulum exposuimus.

(3) Ubi statur juramento damnum passi, quia plerumque difficilis probationis modus et quantitas damni dati, ejusque facultas ipsius adversarii facto prærepta. Modo tamen appareat damnum datum esse, quia hæc qualitas (scilicet generalis, quod vis facta sit, quod res ablatæ) testibus probari debet, vid. Vasq. 1. *Ill. Contr.* 36. *n.* 4. Myns. 4. *Obs.* 12. *et* 5. *Obs.* 71. Zobel. *Diff. jur. civ. et Sax.* 30. *p.* 1. *n.* 4. *et* 5. Ant. Fab. 18. *Err. Prag.* 8. qui hoc jusjurandum Zenonianum vocat, veteri jurisprudentiæ ignotum; eique ut locus sit, requiri vult 1.° ut non aliunde apparere possit quid quantumve ablatum. vid. Plot. §. 2. *n.* 1. *et seqq.* 2.° odium violenti invasoris. 3.° ut citra hoc res æstimari nequeant, Myns. *d. Obs.* 12. duo requirit: probandi difficultatem et delictum adversarii, ideoque heredi speciali hoc non deferri, sed huic aliter probandum esse, ut tamen ejus imperfectæ probationes jurejurando necessario suppleantur. In herede vero, si instructus sit de damno, contra haud temere sentit Coras. *ad L.* 5. *hoc tit. n.* 29. *in fin.* quia hic odium dolosi solum spectatur, nec lex minus affecta erga conscientiam heredis; alias sæpe totius litis commodo hic privaretur. Idem Myns. *d. Obs.* 71. jurijurando huic locum non esse, quando non contra ipsos raptores, sed dominos ditionum qui deprædationis damnum sarcire aliqua ex caussa tenentur (veluti mercatoribus ad nundinas proficiscentibus) agitur, Plot. §. 2. *n.* 32. Koppen. *Decis.* 37. *n.* 13. Plerisque Italiæ locis statuta ut juramento damnum passi credatur, Bargal. 3. *de Dolo* 14. *n.* 7. Cum autem statutum disponit standum esse juramento pro plenaria probatione, non recipitur contraria probatio, quia ex illo præsumptio juris et de jure; ita Jo. Ant. Trigona *Singul.* 55. Secus si simpliciter dicat standum esse, ut citati a Rauchb. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 35. Conventionem quoque ut nudæ assertioni damnum passi stetur, valere sentit post alios Vasq. 2. *Contr. usu freq. n.* 5. De quo vid. Jo. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 47. Jure Saxonico hoc violentiæ casu receptum juramentum minutionis vel minorationis. Soli enim juratæ assertioni ac æstimationi actoris creditur, (modo res non eæ sint quibus certa jure æstimatio) sine taxatione judicis, nisi reus juramento suo illam moderetur aut minuat. vid Faebs. inter *Diff.* Zobel. 30. *P.* 1. *n.* 6. Beust. *ad Rubr. de jurejur. n.* 107. Coler. *de Process. exsec. in præfat. n.* 15. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 9. *tota*, ubi *n.* 26. *et seqq.* ejus differentiam a jurejurando in litem percenset. Quærit Duar. *ad h. t. D. n.* 53. an pecunia in sacculo deposita, si is resignatus reddatur deponenti, et hic jurare velit pecuniam subtractam esse, credatur. Affirmantem æquiorem vocat, cumprimis si apud cauponem depositum. Inhumana enim eorum sententia qui res omnes sacco inclusas cauponi patefaciendas esse, nec aliter illum teneri quam singularum recepta custodia. Quippe et durum ad pandenda patrimonii secreta cogi, *L.* 2. *C. de alim. pup.* et periculi plenum. Modo tamen dolus cauponis ex conditione personarum aliisve conjecturis pateat, qui sola resignatione non arguitur; quid enim si, hero inscio, famulus signacula removerit? ita Duar. Convenit fere Beust. *ad Rub. D. de jurej. n.* 155. *et seqq.* Ac varios casus hic distinguit Menoch. *Arb. Cas.* 208. *n.* 26. *et seqq.* Jo. Bapt. Plot. *de in lit. jur.* §. 10. *n.* 6. *et seqq.* Polydor. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 81.

V. Alterum, de æstimatione scilicet rei petitæ quam rem prius præstari debere constat, jusjurandum in litem vetus est solumque veteribus cognitum atque explicatum. Cui locus est in judicio de re principaliter petita adversus eum qui eam rem non præstat dolo culpave, ut infra docebo. Hic prætereundum non est duplicem æstimationem adversus frustratores reos actori concessam esse, in quam et juratur, atque ex ea et de jurejorando in eam admittendo varie statuitur. Interdum, ob rem non præstitam permittitur actori rem æstimare pro arbitrio atque ex affectione, ut in hanc æstimationem reus condemnetur, *L.* 1. *L. tutor*, *D. hoc tit.* Alias æstimatur res ex vero seu quanti est, ut non amplius sententia judicis præstetur, *L.* 2. §. 1. *eod.* quæ solemnis atque usitata rerum æstimandarum ratio est, *L. pretia*, *D. ad L. Falc. L. si servum*, *D. ad L. Aquil.*

VI. Hinc (4) duplex jusjurandum de æstimatione rei petitæ de qua nunc agimus, natum est. Unum, quo jurat actor quanti rem æstimet ex affectione, quod sæpe pretium excedit, *d. L.* 1. Alterum quo jurat quanti sua verè intersit, *d. L.* 2. §. 1. *L.* 5. in° fin. Quæ genera ita notantur a veteribus, ut prius vocetur jusjurandum quanti in litem juratum est: posterius id quo juratur quanti res est, seu quanti interest; quibus vera æstimatio significatur, *d. L.* 2. in fin. *L. tutor*. Genera ob eam caussam ita distincta, ut hæc ab illis tanquam contraria statuantur, *d. L. tutor*, et *L. non a judice*, *D. de judic.* Utrumque tamen in litem; nam etsi maxime ac præcipue dicitur in litem, ubi actor pro arbitrio pretium æstimat, ut sæpe per antonomasiam ita dicitur ut in *L.* 1. *L.* 5. *L. vulgo*, *hoc tit.* tamen nihilominus et alterum in litem dicitur, quia est in litis æstimationem, *L. in actionibus*, 5. vers. *plane*, et *L.* seq. *hic.* Prius affectionis, alterum veritatis vulgo nominant. Atque ut est ista æstimatio, ita etiam varie utrumque admittitur. Priori illi jurijurando sive æstimationi quæ ex arbitrio et affectione actoris pendet quia gravior est, ei non semper locus esse solet ut posteriori quæ veritatem continet. Sed nunc de singulis dicamus explicatius ac plenius; et de priori prius quod etiam per excellentiam jusjurandum in litem dicitur.

(4) Vulgo tres species statuunt Zas. *ad Rub. D. hoc t. n.* 3. *et seqq.* Plot. *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 2. Beust. *ad Rub. D. de jurej. n.* 142. Forst. *de Jurisd. Rom. P.* 2. *lege Numæ*, 3. *n.* 135. 1.° Affectionis ad rem, de quo *Cap. seq.* 2.° Affectionis extra rem, interesse singularis, de quo *L.* 3. *hoc tit.*, *et infra C.* 9. *N.* 7. 3.° Veritatis, quod interesse vulgare persequitur, *ut infra Cap.* 10. Sane Zas. *d. loc.* medium veritatis, et postremum æstimationis nuncupat. Sed Coras. affectionis ut, *not. C. seq. N.* 1. ast A. Fab. veritatis juramentum negat ut *C.* 10. *N.* 1. At quæ interesse singularis dicitur, distinctam speciem non esse ostendit Borch. *h. tit. Cap.* 2. *n.* 15.

## CAP. VII.

### Cui jusjurandum in litem deferri possit, aut non possit?

*In litem jurat verus et solus litis sive rei dominus.* I.

*Non tamen impubes, sive pupillus, sive filiusfamilias; et quare.* II.

*Secus si sit adolescens, et velit jurare.* III.

*Quare furiosus, mente captus, prodigus et infans hic silentio præteriti.* IV.

*Tutores et curatores in pupilli et minoris caussa possunt in litem jurare, si velint.* V.

*Contrariis occurritur.* VI.

I. Jam primum constat jusjurandum (1) hoc rei non esse, sed solius actoris, *L.* 2. §. 1. *L.* 5. in fin. *hoc tit.* comparatum videlicet ad sublevandum actorem adversus injuriam rei qui rem debitam non præstat, ne actor una cum re quæ negatur, etiam de æstimatione ipsa in dubium veniat. Sed, ne forte actorem hic intelligamus qui agere potest, seu qui extra judicium quid petat, res ita definita est a veteribus, ut dicerent alium in litem non debere jurare quam dominum litis. *L. vulgo, h. tit.* Is autem dominus litis intelligitur qui judicio egit, et litem contestatus est, *L. procuratoribus, L. nulla, C. de proc.* Sed additur amplius in *d. L. vulgo*, ut is solus possit jurare qui litem suo nomine contestatus est: quibus verbis removetur aperte (2) procurator, licet dominus sit post litem contestatam, *dd. LL.* Verum dominum hic requirimus qui scilicet re et effectu dominus sit per omnia. Et ratio est quia, etsi adversus reum lis juste æstimanda est jurejurando, tamen eum falsa aut dubia æstimatione lædi non oportet: quæcunque autem æstimatio hic exigetur, ea certa non est procuratori. Si de vera æstimatione rei agitur: non ita vires rei ei notæ esse possunt aut certe solent ut domino. Si quæritur de domini affectione, hæc vero soli domino cognita esse potest.

II. Sed nec omni domino hoc jusjurandum deferri placet. Judicium quod satis sit ad rem æstimandam, in actore requirimus. Hinc quæsitum de minoribus 25. annis, quorum etsi aliquod judicium est de rebus, nondum tamen satis certum est et firmum propter ætatem, *L.* 1. *D. de minor.* Et exceptus est impubes, etiam qui tutore auctore suo nomine egerit, ut potest, *L.* 2. *C. qui leg. pers. stan. in jud. hab.* et ita Ulpianus in *L. videamus*, 4. *hoc tit. pupillus, si impubes est, non potest in litem jurare*, inquit. Addit. *qui impubes est*, non supervacaneo, ne quis forte de eo qui olim pupillus fuit, acciperet: ut interdum constat pupillum et tutorem ἀκχρορικῶς (3) appellari eum qui pupillus, aut tutor fuit, cum de re ad priorem tutelam pertinente agitur, *L. si tutor post. L. cum pupillus, D. de tut. et rat. distr.* Et definitio superior de omni impubere intelligenda est, etiam filiofamilias, si quando contingat

(1) Coras. 6. *Misc.* 1. *et* 2. *ad L.* 5. *h. t. n.* 8. unicum esse vult jusjurandum in litem et nullum affectionis. 1.° Quia nusquam habetur æstimationem crescere ex affectione, cum LL. negent pretia ex affectu æstimari. 2.° Si, occiso vel subrepto servo, affectionis ratio non habetur, *L.* 33. *pr. de L. Aquil*, minus ob contumaciam, delictum levius. 3.° Hoc jusjurandum defertur ratione interesse pecuniarii, quod in affectione non consistit. 4.° Hic juratur quanti intersit, *L.* 5. *L. pen. h. t.* quo utilitas venit, non affectio. Et utilitatis itaque rectius dicetur. Quod vero hic contumacia puniatur, id in eo quod actor non probare tenetur quid sua intersit, sed suo jurejurando judex ipse sibi asserit. Et ultra verum pretium licite jurat, *L.* 2. *hoc. tit.* si nempe pluris intersit, non autem ex affectione etc. ita Coras. cui assentitur Marc. Lycklama *ad L. vinum* 22. *de reb. cred. n.* 81. satis occurrit Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. *et seqq.* ex quo pleraque ad verbum transcripsit Setser. *Lib.* 5. *de juram. C.* 2. *n.* 11. *et seqq.*

(2) Excipiunt, nisi habeat ad hoc speciale mandatum, Plot. *h. Tr.* §. 32. *n.* 5. Quod errore obtinet, non ratione. Vulgo notant juramentum hoc non deferri ignoranti, sed recte instructo, vid. Plot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 5. *et* 6. Ideoque nec heredibus, nisi verisimiliter informatis; vid. Coras. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 29. et Plot. *d.* §. 32. *n.* 6. Jo. Bapt. Costa *de Facti scient. et ignor. Cent.* 1. *dist.* 99. Attamen si defuncto oblatum dum viveret, id pro præstito haberi, ut mors sit loco juramenti, notat Gail. 2. *Obs.* 43.

(3) Ita et Borch. *h. Tr. C.* 3. *n.* 9. Sed mihi ea ratio probatur, quia aliquando pupillus dicitur adolescens qui curatorem habet, vid. *not. supra Lib.* 3. *C.* 21. *N.* 2. Aliter Goed. *ad L.* 1, *de V. S. n.* 17. accipiens *si* pro *quia*.

hunc suo nomine agere ac litem contestari, ut poterat olim (4) cum ei hereditas matris acquirebatur, etiam Ulpiani temporibus, *L. pen. D. ad S. C. Tertull.* ut hodie adventitia omnia, *L. ult. C. de bon. quæ lib.* Si impubes ex his bonis quid persequatur judicio, ut maxime litem suo nomine contestatus sit, quod patre consentiente potest, ut et ad consentiendum pater cogitur, *d. L. ult.* §. 1. in fin. tamen ne sic quidem in litem jurare poterit, quanvis genus actionis hoc jusjurandum admittat, ut quia in rem agatur aut ad exhibendum, *L.* 5. *hoc tit.* Ætati enim hoc denegatur, non statui personæ; et ætati propter inopiam judicii. Atqui de tota lite jurare pupillus potest, et servandum est jusjurandum, *L. qui jurasse, D. de jurejur.* cur et in litem jurare non possit? quia prius illi deferente adversario, eoque et volente; nec aliter impuberis jusjurandum valet. Volenti non fit injuria, *L. nemo videtur, de reg. jur.* At jusjurandum in litem a judice defertur, invito adversario; ut hic si deferatur, speciem quandam injuriæ habeat. Hæc de impuberibus.

III. *Adolescens vero in litem jurare potest*, inquit Ulpianus, quia scilicet judicii plus est in ea ætate, et intelligentia tanta, ut aliorum monitu de rebus communibus earumque æstimatione possit judicare: quare et testamentum facere adolescentibus licet, et obligantur, si non habeant curatores, *L. qua ætate, D. qui test. fac. L.* 3. *C. de in integ. rest.* Sed addit Ulpianus,(5) *si velit;* si igitur nolit, non est cogendus: de quo infra ubi de necessitate jurisjurandi hujus suscipiendi disseretur.

IV. De furioso, mente capto, prodigo, infante nihil hoc titulo Digestorum cautum legimus; quia scilicet et supervacuum fuit monere hos in litem jurare non posse: cum constat omnes mente aut judicio carere, et ut alia negocia gerere non possunt, sic multo minus judicio agere, *L. in negociis, L. furiosi, de reg. jur.* Prodigum etiam metus collusionis et profundendæ actionis furioso similem facit, *L. his qui*, in fin. *D. de tut. et cur. fur.* Ita ex his qui sunt domini et litem suo nomine contestati sunt, solus excipitur impubes, qui in litem jurare non possit; cæteris hoc conceditur; qui litem suo nomine contestati non sunt, quanvis domini litis effecti, superios definitio ab hoc jurejurando excludit.

V. Hinc quæsitum de tutelari caussa in *d. L. videamus*, 4. *hoc tit.* Tutelaris caussa ibi dicitur (6) non qua pupillus adversus tutorem agit tutelæ; non solum, quod constante tutela ea agi non possit, *L. si finita, D. de tut. et rat. distr.* sed etiam quia in ea actione tutor reus est, et non ipse juraret in litem, ut illic proponitur, sed adversus eum juraretur ab actore: sed tutelaris caussa intelligenda est quæ exercitione quidem est tutoris, ad tutelam tamen seu ad rationem et administrationem tutelarem pertinet; quod ita fit, si pupilli quidem caussa sit emolumento, sed quam tutor, ut tutor, id est pro ratione officii et tutelæ exerceat, idque ex persona sua, dum agit et rem in judicium deducit, quod potest, *L.* 1. §. *ult L. vulgo, D. de admin. tut.* Finge ergo tutorem rem aliquam pupilli depositam repetere, aut rem pupilli vindicare, et per contumaciam rem non restitui, ut ubi id lis jurejurando æstimanda sit adversus contumacem. Quis in litem jurabit? non pupillus, ut supra effectum est: non etiam pupilli mater, ut ibi scriptum est: non quod propter filium in immensum juratura sit, ut Accursius putat; alioqui nec actori ipsi jurare permitteretur in caussa sua; sed quia mater quæ tutrix non est, in caussa filii nec domina est litis, nec pro domina habetur, et nemo nisi dominus in litem jurare potest, ne vel domino injuria fiat si minoris res æstimetur quam ex sensu domini, vel reo si pluris. Restat tutor; sed et hic dominus non est: idemque et de curatore quæritur in caussa adolescentis. De utroque tamen Ulpianus statuit in *d.* §. 1. si judicium inter ipsos (supple et alios cum quibus judicium intercedit) acceptum sit, et pro affectu erga minores suos hoc jusjurandum suscipere non recusent, jus non obstare quo minus judicium hoc modo finem accipiat, id est quominus illi ita jurent ut cum juraverint, judex sequi jusjurandum et tanti reum condemnare debeat.

VI. At tutor dominus non est, sed jure pro domino habetur, cum tutelam administrat, *L. tutor qui tutelam, D. de adm. tut. L. qui fundum*, §. *si tutor, D. pro empt. L. interdum*

(4) Sed vid. *not. supra Lib.* 9. *C.* 2. *N.* 2. *initio et C.* 5. *N.* 11. *et* 12.

(5) Etsi enim et hic curatoris sui consensu in judicio experiatur, ita tamen ut ipse potius quam curator agere videatur, Borch. *hoc tit. C.* 3. *n* 23.

(6) Aliter Duar. *hoc tit. n.* 10. ita scilicet: Tutelaris hic non est quævis pupillaris, quasi in omni pupillari caussa, etsi ex stipulatione agatur, possit jurari in litem; sed actio tutelæ; qua nempe tutor nomine pupilli agit contra contutorem remotum vel excusatum.

*qui, D. de fur.* Idemque de curatore dicendum est, quem placet pro potestato non minus rem adolescentis in judicium deducere. *L.* 1. §. *ult. D. de adm. tut.* At illud certe iniquum est, jurare ipsos de utilitate sna, cum domini non sint; in hoc antem jurejurando de utilitate jurantis agatur, non de aliena. Huic objectioni occurrit Ulpianus sub finem *d.* §. 1. *non enim*, inquit, *ad suam utilitatem jurisjurandi referenda æstimatio est, sed ad domini*, (7) *cujus nomine tutelæ ratio postuletur*, quasi dicat, quatenus tutelæ ratio patitur; at ratio tutelæ, quam quandoque finita tutela tutor reddere cogitur, postulatur nomine domini, et ideo hujus solius utilitatem continet: sed jurabunt isti in caussa minorum suorum, si volent, *grave enim videri*, inquit, *invitos sub alieni compendii emolumento etiam anceps perjurium subire*: anceps, ut in re scilicet non satis illis perspecta. Jurant illi quidem in caussa pupilli aut adolescentis de calumnia, *L.* 2. §. *quod observari, C. de jur. prop. cal. dan.* Sed ideo, quia de calumnia sua jurant, re sibi comperta: sed et interdum in caussa minorum de re etiam ipsa controversa jurare coguntur; verum hoc quoque ita, si agatur de re probe illis cognita, puta de fideicommisso ab ipsis relicto: quod non magis ignorare possunt testamento relictum, quam se tutores datos, ut est species *L.* 5. *C. de reb. cred.* Cæterum de re ignota, et facto alieno jurare ne in caussa quidem propria quisquam cogendus est, *L. Marcellus*, §. *jurare, D. rer. amot.*

(7) Ut sic juret quod, si ipse pupilli loco esset, rem tanti ex affectione æstimaret, Bart. *ad d. L.* 4. *pr. n.* 6. Quare, etsi mater pupilli non admittenda, *d. L.* 4. *pr.* ut mater, quia scilicet litis domina non est; quando tamen tutelam liberorum gerit, admittenda tutrix, Borch. *h. t. C.* 3. *n.* 18. *et seq.*

## CAP. VIII.

### Quibus in actionibus jusjurandum in litem actori deferatur.

*Juratur in litem in tribus actionum generibus* 1. *in actionibus in rem, et quidem omnibus.* I.
2. *In quacunque ad exhibendum actione.* II.
3. *In iis bonæ fidei actionibus, in quibus de restituenda re agitur.* III.
*Secus in iis, in quibus agitur de re tum primo præstanda.* IV.
*Contrariis occurritur.* V.
*Sed et in aliis juratur in litem actionibus quæ sunt similes enumeratis; quæ ejusmodi.* VI.
*Ratio.* VII.
*An actiones, quæ stricti juris appellantur, hoc jusjurandum admittant: quo in loco de his auctor.* VIII.

I. Tria actionum genera Marcianus in *L.* 5. *D. hoc tit.* notat, in quibus in litem juretur, actiones in rem, ad exhibendum, et bonæ fidei; de quibus singillatim exponendum est. Actiones in rem sunt non tantum quibus rem nostram vindicamus, sed sunt et quibus persequimur rem non nostram, ut (1) Publiciana de rebus ex justa caussa et bona fide possessis, §. *namque, Inst. de act.* et hypothecaria de rebus nobis pignori obligatis, §. *item Serviana, Inst. eod.* et aliæ complures, de quibus agitur a §. 1. *usque ad* §. *in personam*, 16. *eod.* De rei (2) vindicatione quæ domino competit, inter omnes convenit, in hac adversus eum qui dolo non restituit in litem jurari, *L. qui restituere, D. de rei vindic.* De cæteris dubitatur, ideo quia ut in litem juretur duæ

(1) Consentit Coras. *in L.* 5. *h. t. n.* 16. et Bronch. *h. t. C.* 4. *n.* 25. Uterque per *L.* 7. §. 8. *de Public. in rem.* Et Ant. Fab. 16. *Conject.* 16. *et* 20. quia ad exemplum et in subsidium vindicationis inducta, eoque colore datur, quasi actor usuceperit.

(2) Item petitione hereditatis. *L.* 25. §. 10. *de petit. her.* Coras. *ad L.* 5. *hoc titul. n.* 16. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 15. Plot. *h. Tr.* §. 14. Borch. *hoc tit. Cap.* 4. *n.* 8. actione confessoria, *L.* 7. *in fin. Si serv. vind.* Menoch. *d. loc. n.* 18. et Borch. *n.* 11. negatoria. Nam etsi hic restitutio vel exhibitio rei non petatur, tamen sicuti in confessoria non solum ob rem non præstitam, si adversarius non patiatur me uti servitute, sed ob cautionem injunctam non præstitam in litem juratur. *d. L.* 7. ita et hic Menoch. 1. *Arb. Q.* 5. *n.* 21. Borch. *d. Cap.* 4. *n.* 14. Coras. *ad d. L.* 5. *n.* 16. Duar. *h. t. n.* 1. ac *contra* et alios defendit Cisner. *ad L.* 15. *de op. nov. nunc p.* 123. *et seqq.*

adferantur caussæ, cum alibi tum præcipue in *L. tutor*, *D. hoc tit.* et quod contumacia punienda sit non restituentis rei, caussa omnium in rem actionum communis: et quod arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit: de quibus caussis postea. At in cæteris actionibus cessat ratio posterior. Marcianus tamen et in his in litem jurari satis aperte demonstrat, cum appellat actiones in rem non actionem in rem puta rei vindicationem. Et ita est omnino, in omnibus in litem jurari. De (3) Hypothe-

(3) Borch. *hoc tit. Cap.* 4. *n.* 19. Menoch. *Arb. Cas.* 207. *n.* 21. Hortens. *ad d. L.* 16. §. 3. *et* §. 6. Sed hæc ita, si contra tertium possessorem agatur, ubi jurari sic potest in ampliorem summam quam est debitum, cujus nomine pignus obligatum, *d. L.* §. 3. *d.* 21. §. *ult.* Nam quod in domino est non cogi rem suam justo pretio vendere, id in creditore non cogi pignus justi æstimatione, quanti scilicet interest, distrahere, ne et contumacia reo impunis sit, Hortens. *ad d.* §. 3. Secus si contra ipsum debitorem, ubi non æstimatio pluris quam quanti interest, seu debetur, *d. L.* 21. §. *ult.* ubi ratio differentiæ quam explicat Hortens. *ad d. L.* 16. §. 6. Facessant vero novationes Anton. Fabri 16. *Conject.* 15. *et seqq.* *ac* 18. *Err. Prag.* 1. qui et jusjurandum hoc hypothecariæ denegat et *d.* §. versic. *si vero dolo usque ad fi.* pro Triboniani emblemate inepto vendidat. In hypothecaria, ait, nunquam neque æquitas rei suæ non vendendæ, (cum dominus non sit creditor, nec pignus rei suæ consistat) neque necessitas juris, quasi sine jurejurando res æstimari nequeat, jusjurandum hoc exposcit. Quia creditor indemnis servatur si consequatur quod interest. Licet id aliter æstimatur, ut est *L.* 21. §. *ult. de pign.* contra debitorem, ex quantitate scilicet debita, computatis sumptibus in litem factis: pluris enim interesse nequit. Nec contumacia sola æstimatur sine re propria in qua quia restituenda contumax: Aliter contra possessorem alium quanti res est. Nam quod plus est in rei pretio quam in debito, restituit debitori, si creditor pignus vendiderit, *L.* 24. §. 2. *de pig. act.* sive lis per judicem æstimata, quia et hic species venditionis. Pluris itaque interest contra possessorem, *d.* §. *ult.* non propter jusjurandum in litem, sed rem ipsam obligatam, ut quod in pretio ejus excedit debitum debitori pignoratitia agenti restituere possit. Cujus æstimatio, quia res exstat quæ possidetur, fieri potest citra jusjurandum. Deinde in *d.* §. *ult.* non distinguit inter possessorem qui in culpa et qui in dolo: distingueretur autem, si de jurejurando in litem ageretur. Denique ibi creditor contestatur litem suo nomine, sed supra quantitatem debitam, quia creditor non est, habetur procurator debitoris: ergo per *L.* 7. *h. t.* Hæc summa est objectorum a Fabro. Qui et *d. C.* 15. *sub fin.* ineptam esse rationem *d.* §. 3. in versic. *Nam si tanti.* Quid enim, inquit, an non prodest in rem actio, etsi tantundem non amplius quam personalis persequatur, si debitor inops, si alii ipsi creditores; qui si in personam ageretur, ob prælationis jura quandam potiores essent, etc. Sed hæc nimiopere nos non moveant. Nam etsi *d. L.* 16. §. 3. non exstaret, non aliud de hypothecaria nobis statuendum foret, tum per *L.* 68. *de R. V. in fin.* quam æque sane Triboniano adscribit Faber, sed nullo merito, tum per *L.* 5. *pr. h. t.* ubi verba generalia hypothecariam quoque continent. Sed excipit Faber ea sic accipi debere, modo ob id actiones in rem proponantur, ne dominus re sua careat. Nam et bonæ fidei judicia generaliter ibi dici, nec alia tamen denotari, quam quibus restitutio rei suæ petitur, ut *infra h. C. N.* 6. Verum seipsum Faber ferit. Nam etsi hypothecariam intentans rem seu corpus suum non dicat, jus tamen in eo sibi suum reale asserit, ejusque quasi dominium vindicat. Et æquitas rei suæ invito non vendendæ hic quoque locum habet, eaque ipsa *in d.* §. 3. vers. *Nam si tanti*, significatur, ut recte Hortens. *ibid.* Neque ad casus inopiæ aut concursus creditorum accidentarios hic respici debet. Quin ea mens est Jurisconsulti, etiam cum solvendo debitor, nec in ære multorum alieno, exitum alium esse debere actionis in rem, reo possessore contumace, quam qui foret in actionibus in personam debitore contumace. Dices ex Fabro *d. C.* 15. *in fin.* Pignoris finis est securitas crediti, non ut augeatur condemnatio. Resp. ex *L.* 1. *h. t.* crescit condemnatio ex contumacia non restituentis. Sicuti et dici potest dominium in id haberi, ut rem tenere eaque frui, etc. liceat. Quin merito creditori jusjurandum hoc defertur ut, debitore pignoratitia agente, magis ipsi prospectum sit. Cum enim huic reddat quod amplius debito consecutus est, *d. L.* 21. §. *ult.* quod lucrum ex pignoris occasione natum retineri nequeat *L.* 54. *de furt.* arg. *L.* 17. §. 1. *de R. V.* non est verendum facile ne immodice juret, quippe cum ea res lucro suo, modo pignoratitia postea agat debitor, non cessura sit. Quod si solum pignus citra jusjurandum æstimaretur quanti vere est, et ita quod in pretio excedit debitum præstaretur creditori quo istud deinde redderet debitori, caussari hic postea posset rem minoris quam sit, æstimatam esse: id sibi fraudi esse non debere; cum alia utique sit ratio ejus venditionis pignoris ad quam multis solemnitatibus præviis pervenitur, alia hujus quæ ex litis æstimatione inducitur. Non distinguit *d.* §. *ult.* inter dolum et culpam. Sed generaliter dicit majorem æstimationem fieri adversus alios possessores. Et indistincte ea major; alia tamen ex culpa, alia ex dolo: quod aliunde petendum, et textus unus ex aliis supplendus. Postremum quod creditor (vel aliqua etiam ratione) hypothecariam intentando sit

caria enim id expressum est in *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, et in *L. si inter*, §. *ult. D. de pignor. et hyp.* Multo ergo magis idem probandum in aliis, in (4) quibus tanquam domini quidam rem vindicamus, eoque ipso plus juris habemus. Ne nos moveat, quod in his omnibus res petitoris non est: nam nihilominus ad jus possessionemque ejus pertinet; cujus juris quasi dominus esset, ita ejus pretium æquum est itidem illius arbitrio statui.

II. De actionibus ad exhibendum generaliter etiam accipere debemus, ut in his omnibus adversus eum qui dolo non exhibet, juretur in litem non tantum tunc cum quis se dominum esse dicit, sed etiam cum qualicunque actione acturus est, ad quam aditum parat ad exhibendum actio. Idque aperte indicat Ulpianus in *L.* 3. *D. ad exhib.* conjuncto §. 1. *cum* §. *præterea*, et §. *est autem*. Hoc eo dicimus quia si quis vindicaturus ad exhibendum agat, sunt qui huic jusjurandum in litem deferri debere non (5) dubitent, quia se dominum dicat: in cæteris actionibus non putent quia hoc statuant pretium domini solum arbitrio statuendum. Sed si in actionibus in rem hoc recte diceretur, in quibus ex diversis caussis et jure tam dissimilibus agitur: attamen in actione ad exhibendum dici non potest: quia in omnibus hujus generis una petitio est ejusdem æquitatis, et una caussa omnium communis ut res exhibeatur, tantum ideo quia agentis interest. *L.* 3. §. *sciendum*, *L. pen. D. ad exhib.* Jam vero ne in actionibus quidem in rem hoc recipitur, ut non aliis quam dominis rem suam vindicantibus hoc jusjurandum deferatur: defertur enim et creditori pignus vindicanti, ut supra dictum. Quod si ea ratio valeret, ut non alii quam domino deferendum putaremus, etiam in actione ad exhibendum prorsus locum non haberet: neque enim quisquam in hac actione ideo vincit sibi rem exhiberi debere quia sit dominus, sed quia solum se dominum dicat; hoc enim intendere satis est, probare non est necesse, *d. L.* 3. §. 1. §. *sciendum, ad exhib.* At in omni actione ad exhibendum persequitur actor aliquid suum; nempe usum et copiam rei, de qua quæritur seu rei videndæ cognoscendæque facultatem, quam et ipsa lex omnium quorum interest propriam esse voluit. Merito igitur et hæc ipsa copia ac facultas arbitrio petitoris tanquam cujusdam domini æstimanda est.

III. Nunc de actionibus bonæ fidei videamus. Et etiamne hic, in omnibus ut prius in actionibus in rem, et ad exhibendum fieri diximus, in litem jurabitur? Placet in his Azonis, Fulgosii, (6) Duareni distinctio, ut siquidem agatur de re nobis restituenda quæ prius a nobis profecta sit et tradita, jus nostrum non mutarit, ibi in litem jurari possit, re non restituta. Sin autem agatur de re aliena nunc primum nobis præstanda, ibi in litem non juretur. Et ideo semper constitit in his actionibus bonæ fidei in litem jurari posse; in commodato. *L.* 3. §. *in hac, D. comm.* in deposito, *L.* 1. §. *in depositi, D. depos.* in locatione, cum res locata non restituitur, *L. si cui locaverim*, §. 1. *D. loc.* in rei uxoriæ actione, seu in actione ex stipulatu de re dotali restituenda, *L. si filiofamilias*, §. 1. *D. sol. matr.* in actione tutelæ, cum res suas pupillus a tutore repetit, *L. tutor, D. hoc. tit.* scilicet, quia in his omnibus de re quæ a nobis profecta est, restituenda agitur.

IV. At in actione ex empto, qua actione rem alienam petimus utpote venditam, quæ nondum tradita venditoris manet, quam eandem a nobis non profectam constat, placet non aliam condemnationem esse adver-

procurator debitoris in eo quod pretium rei excedit creditum, falsum est nec lege ulla probatur. Sophistica enim ratio Fabri, æquivocatione ludens: in superfluo eo creditor non est; ergo procurator. Non est creditor quoad obligationem personalem, est autem quoad jus pignoris reale ipsi in tota ea re tributum. Piget plura.

(4) Consentit Plotus §. 24. *n.* 5. Borch. *d. C.* 4. *n.* 26. idem statuens in rescissoria et Pauliana. Quin et in Serviana *ibid. n.* 23. De Faviana idem tradit Plot. *d.* §. 24. num. 7.

(5) Duar. *hoc tit. n.* 10. *et* 11. ita restringens, cum ab eo intenditur qui non aliter vindicare potest, ubi si vera litis æstimatione soluta liberaretur reus, æque cogeretur actor ei rem suo pretio addicere, et Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 17. ac Ant. Fab. 16. *Conject. p.* 347. quod hoc jusjurandum nunquam detur ad id tantum quod interest æstimandum, si non præterea res aliqua præstanda et æstimanda sit. Sed recte Donellus. Et ita indistincte Menoch. *Ca.* 207. *n.* 18. Borch. *h. t. C.* 4. *n.* 34. Jurandum vero hic, non quanti ex affectu æstimetur res ipsa quæ exhiberi petitur; sed quanti æstimet damnum quod exhibitione negata oritur.

(6) Duar. *ad hunc tit. n.* 21. *et seqq.* Coras. *ad L.* 5. *h. tit. n.* 18. *et seqq.* Borch. *h. t. C.* 4. *n.* 69. *et seqq.* Anton. Fab. 6. *Conject.* 17. ac 16. *Conject.* 15. *et* 17. *Error. Prag.* 7.

sus venditorem, quanvis procacia rem non tradentem, quam in id quod interest. Sic enim scriptum est in *L. 4. C. de act. empt.* Ut in hac procacia non tradentis venditoris judex curare debeat tantum in condemnationem deduci quanti interest compleri emptionem: pugnant enim hæc inter se, quanti ea res est seu quanti interest, et quanti in litem juratum est, condemnari. *L. 2. L. tutor, D. hoc titul. L. non ab judice, D. de judic.* Et merito in hoc genere actionis (7) non admittitor josjurandum in litem. Illud enim tenendum est, non alias æquum esse rem arbitrio petitoris æstimari quam cum rei dominus est, aut, quod huic proximum est, rem sui juris seu ad jus suum pertinentem persequitur, ut ante diximus, *L. tutor, h. tit. L. si filiofam. §. 1. D. sol. matr. L. non enim, D. rer. am.* Emptor autem ut rei venditæ dominus non est, sic nec res ad jus possessionemve ejus pertinet, *L. qui sibi, C. de her. vel act. vend.*

V. Sed verba Marciani et alia quædam nobis opponuntur. Marcianus enim in (8) *d. L. 5.* generaliter definit jurari in litem in bonæ fidei judiciis, sicut in actionibus in rem et ad exhibendum, in quibus nos omnibus in litem jurari supra probavimus. Accedit huc Ulpiani definitio apertior in *L. 3. §. in hac, D. comm. In hac actione* (commodati) *sicut in cæteris*, inquit, *bonæ fidei judiciis, similiter in litem jurabitur.* Cæterorum verbo omnia reliqua ejusdem generis intelliguntur. Sed non debent hæc nos a superiori sententia demovere. Nam Marcianus plurali numero locutus est, in bonæ fidei judiciis: pluralem locutionem etiam duorum numero contentam esse scimus, *L. ubi, D. de test.* Potest et de omnibus ea oratio accipi: sed non convenit rationi, ut hic ita accipiatur: at convenit in actionibus in rem, et ad exhibendum; et ideo sic interpretati sumus Marciani de iis verba, non tamen ex verborum sensu, sed ex ratione, et aliis locis juris: nam si in hypothecaria actione in litem juratur, ratio postulat ut juretur in cæteris in rem omnibus. Idemque et de actione ad exhibendum ratione collegimus. At non item ratio patitur, ut juretur in litem in omnibus bonæ fidei judiciis, ut ostendi. Quod ait Ulpianus in *d. L. 3. §. in hac*, jurari in litem in commodato, *sicut in cæteris bonæ fidei judiciis*; si hoc tantum dixisset, magis locus adversaretur. Sed addit, *similiter*, id est similibus in caussis, et similibus conditionibus, quibus in cæteris in litem juratur: quod ita fit, si quid a nobis profectum repetamus, ut ante demonstratum.

VI. Sed quæritur an præter illa tria actionum genera a Marciano enumerata, etiam in aliis in litem jurari possit? non enim videtur. Habet hoc certarum specierum enumeratio, ut qui nominatim certas appellavit in quibus aliquid concederet, hoc ipso intelligatur de cæteris non sensisse, *L. cum de lanionis, §. cui fundum, D. de Inst. et Inst. leg. L. maritus, C. de procurat.* quod

(7) Ita contra DD. veteres Duar. *hoc tit. n. 21. et seqq. et in posteriorib. Comm. Cap.* 3. Coras. *ad L. 8. hoc tit. n. 19.* Borch. *hoc tit. n. 70.* Bronch. 2. *Enant.* 32. Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. Quia nec in toto tractatu emptionum per titulos multos ulla hujus jurisjurandi mentio, cum de iis actionibus quibus res sua repetitur, fere in specie hoc proditum sit. Et quia hic non de rei suæ repetitione, sed ad traditionem alienæ agitur; cessat ratio deferendi, quæ *L. 8. hoc t.* ut *C. seq. N.* 5.

(8) Ad *d. L. 5.* resp. Duar. *hoc tit. n. 25.* Sicuti cum dicitur in bonæ fidei actione ex mora fructus et usuras deberi, non hic sensus quasi nulla sit actio bonæ fidei in quo id non obtineat, sed is quod judex, si æquum videatur, in id condemnare possit. Ita et hic subaudi: *si quando æquitas suadeat*, quod tunc accidit cum ad restitutionem agitur; alias dicendum foret in actionibus quoque ex vendito, quæ ad pretium dantur, sic jurari. Et Coras. *d. n. 19.* resp. si perpetuum hoc, idem obtineret in actione ex permutatione, contra *L. 5. §. 1. de præscript.* verbis ibi: *quanti interest*, junct. *L. 64. pr. de judic.* et in commodato ac deposito nummorum. Ac ut Borch. *d. loc. n. 72.* et Duar. *d. loc.* alias quoque in actionibus contrariis ita juraretur. Ast non jurari in illis probat, *L. 5. princ. Depos.* De quo Coras. *d. loc. n. 18. et 6. Misc. 7.* et Borch. *d. C. 4. n. 73. et seqq.* ubi docent nunquam in contrariis huic jurijurando locum esse, nec si fides rupta arguatur. Contra Plotus *h. Tr. §. 20. n. 1.* Mala autem illatio ex *d. L. 5. pr.* quia in empti judicio de fide rupta agitur, ideo sic jurari. Non sane quod fidem is demum rumpat qui rem alienam quam a domino habet non restituit, nec is quoque qui non præstat quod promisit (ut Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 7. male et contra vim pariter verborum ac juris textus, *L. 6. Cod. de hered. vend. et simil.*) sed quia collectio nulla, perinde ac si sic: Testamentum hoc non valet, quia septem testes desunt. Ergo quoties adsunt valet, cum immo et alia sint requisita. Et ratio ista *d. L. 5. pr. Depos.* negat esse contumacem in contraria actione. Non ideo ubicunque contumax quis, jurejurando hoc coerceatur, Duar. *hoc tit. n. 25. et seq.*

et concedendum est; dum tamen hoc sic interpretemur, in his solis ab illo enumeratis in litem jurari, et si quæ sunt similes: semper enim in paribus caussis eadem ratio idem jus admittit, *L. illud, D. ad L. Aquil.* Et vero ita statuendum est, etiamsi quæ sint actiones in personam, non in rem aut ad exhibendum, et non sint eæ bonæ fidei; si tamen competant ad rem restituendam quæ a nobis profecta sit aut alioqui ad jus nostrum pertineat, in his (9) itidem in litem jurari. Declaratur id exemplis harum actionum quod metus caussa, de dolo, rerum amotarum, Favianæ de rebus alienatis in fraudem patroni. Omnes sunt in personam, nec sunt ad exhibendum aut bonæ fidei: in omnibus tamen juratur in litem. Juratur in actione quod metus caussa et de dolo (10) *L. arbitrio*, In pr. *D. de dol.* atque has in personam esse diserte scriptum est in *§. prætersa, Inst. de act.* Juratur in actione rerum amotarum, *L. si cum dos*, *§. ult. D. rer. amot.* et hæc actio condictio est, *L. rerum*, 28. *rer. amot.* proinde in personam actio, *L. actionum, D. de obl. et act.* Postremo juratur in actione Calvisiana, et Faviana, *L. tenetur, D. siquid in fraud. patr.* quæ et ipsa est in personam, *L.* 1. *§. hæc actio, eod, tit.*

VII. Cur ergo in his pariter juratur in litem, ut in actionibus in rem? quia in his omnia similia ad jusjurandum admittendum. Persequuntur enim rei nostræ certe a nobis profectæ restitutionem; et si contumaria quæritur, sunt et ipsæ arbitrariæ, id est ejusmodi in quibus arbitretur prius judex rem restitui: cui arbitrio cum non paretur, fit illa contumacia non restituentis quæ in actionibus in rem et ad exhibendum jurejurando in litem coercetur; de qua postea pluribus. Ac quo minus de his dubitemus putemusque singulari aliqua ratione propria ista esse superiorum actionum, extat generalis Ulpiani præceptio de hoc genere in *L. qui restituere, D. de rei vind.* qui cum dixisset cum qui restituere jussus judici non paret, siquidem dolo fecit quominus posset, damnandum esse quantum adversarius in litem juraverit; si culpa, non pluris quam quanti res esset; subjicit hanc definitionem: *Hæc sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.*

VIII. Ex his quæ hactenus diximus hoc conficitur, jusjurandum in litem de quo loquimur, solum in actionibus arbitrariis (quales sunt actiones omnes in rem et ad exhibendum, in quibus locum esse huic jurijurandu supra demunstratum est) et actionibus bonæ fidei, quanvis bis quidem non omnibus, jure receptum esse. Sed est et tertium genus actionum idque amplissimum, nimirum quæ stricti juris appellantur. De his ergo quæritur amplius an jusjurandum in litem, ut superiores illæ, admittant; quod nos quidem negamus certis ducti argumentis, si de priori hoc jurisjurandi genere quæratur, in quo ultra rei pretium, lis actoris arbitrio æstimatur. Posterius illud genus quo veritas, sive quanti res est æstimatur, id vero in stricti juris actionibus locum habere posse dicimus; quod et Marcianus adfirmat in *d. L.* 5 *§. plane, h. tit.* sed quia et hic locus obscurior est et res tota non vacat dubitatione, consultius visum est, huius rei disputationem in eum locum rejicere qui est a nobis posterioris hujus jurisjurandi explicationi tributus. Nunc reliqua de priori pertexamus, quod per excellentiam, ut antea quoque monui, jusjurandum in litem appellatur.

(9) Quod Duar. *h. tit. n.* 1. *et* 2. admittit in his, si arbitrariæ sint. Non enim idem esse in actione vi bonorum raptorum et similibus, (licet Anton. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. in actione furti ita jurari, velit, vid. *not. infra C.* 10. *N.* 7.) Et Borch. *C.* 4. *n.* 34. ac aliis citatis Plotus §. 22. *n,* 5. in arbitrariis omnibus sic jurari, per *L.* 68. *in fin.* de *R. V.* Dissentit Ant. Fab. *ut N. seq.*

(10) Quia etsi hic non res nostra, sed quæ fuit, restitui petatur, eadem tamen ratio vel major, quia hic non tantum contumacia, sed et admissus ab initio dolus arguitur, Duar. *hoc tit. n.* 7. Non nescius sum quibus hoc impugnent, Anton Fab. 16. *Conject.* 18. et 18. *Err. Prag.* 6. falsitatis et ineptitudinis arguens *d. L.* 18. *pr.* ut et Gasp. Schifordegher. *Lib.* 1. ad Ant. Fab. *Tract.* 25. *Q.* 6. Nec deessent quæ illis reponerem, sed loci angustia non sinit. Vide sis modo, Just. Mejer. *Endox. Justin. Decade* 2. *Q.* 5. Sicuti et Ant. Fab. 16. *Conject.* 20. *et* 18. *Err. Prag.* 7. in interdictis nunquam in litem jurari contra *d. L.* 65. *in fin.* quam pari audacia damnat, uti et *L.* 15. §. 9. *Quod vi aut clam.*

## CAP. IV.

### Adversus quem, et quamobrem hoc jusjurandum deferatur. Item quibus de rebus.

*Juratur in litem adversus eum qui rem petitam non restituit, usus in ea re dolo vel culpa lata.* I. III.

*Culpa levis non coercetur in litem jurando, sed æstimatione sarcitur.* II.

*Caussa jurisjurandi in litem: dolus rei minime restituentis; et petitoris affectio.* IV.

*Pro depositis nummis, aut iis quorum certa æstimatio generibus a contumace reo petitis, non defertur hoc jusjurandum; et quare.* V.

*Nisi tamen petitoris interfuit nummos sua dies redditos fuisse; duplici modo interesse: quomodo juretur in utroque.* VI.

*Qui certa die non præstat quod præstare debuit, etiam si aut pecunia sit aut aliud æstimationis certæ, tenetur in id quod interest actoris.* VII.

*An res petita pluris quam sit revera eo sit habenda, quod lis per hoc jusjurandum possit crescere.* VIII.

*Quæstio hæc in quibus judiciis agitari soleat; et quomodo hanc definiat Ulpianus.* IX.

I. In litem juratur in his omnibus actionibus de quibus supra exposui, adversus eum qui rem petitam non restituit aut exhibet, idque dolo malo; ob solum enim dolum in litem jurari Marcianus ait, non etiam ob culpam *d. L.* 5. §. *sed in his omnibus*. Itemque declaratur in *L. qui restituere. D.* de rer. vind. *Hæc enim*, inquit Marcianus, *judex æstimat*. Legendum est (1) *Hanc enim*, ut judicis æstimatio ad solam culpam referatur. Sola enim culpa est quæ a judice æstimatur, ut et scriptum est in *L. præced.* in fin. ex culpa æstimatio a judice facienda est. Dolus non restituentis non judicis æstimationi, sed petitoris arbitrio committitur, *L. tutor, D. hoc tit.* Recte autem dixit ob dolum, non ob contumaciam; non quod contumacia non sit dolus, et ob hanc maxime non juretur in litem; sed quia doli verbum plus complectitur, et Marcianus intelligi voluit ob omnem dolum in litem jurari. Dolus quo fit ut res non restituatur aut exhibeatur, duplex est; præsens et præteritus. Præsens, cum qui possidet aut habet rei restituendæ facultatem, jussus restituere, judici non paret. Hic dolus proprie contumacia appellatur: adversus hunc citra controversiam juratur in litem (2) *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *L. tutor, hoc. tit.* Præteritum voco, cum reus quidem nunc cum jubetur rem non possidet, ita ut etiam si maxime vellet, non possit restituere; sed prius dolo fecit quo minus possideret. Et hic (3) dolus jurejurando in litem coercetur. *d. L. qui restituere, de rer. vind. L. sed etsi lege*, §. *hæc verba*, *D. de her. petit. L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pignor*. Fil

(1) Ita Forner. *ad L.* 223. *de V. S.* Duar. *h. t. n.* 35. legit *hic etiam* ἐπιρρηματικῶς; ut sensus sit, ob culpam a judice fit æstimatio. In manuscripto quodam legi, *h. enim judex etc.* in alio *hoc enim etc.* sicuti et habet editio Parisiensis de anno 1527.

(2) *L.* 18. *de dolo L.* 8. §. 1. junct. *L.* 10. *Rer. amotar. L.* 3. §. 2. *ad exhib.* Neque hic requiritur difficultas probationis; Plotus *h. Tr.* §. 22. *n.* 1. *et* §. 27. *n.* 2.

(3) Borch. *hoc tit. C.* 5. *n.* 3. Charond. 3. *Verisim.* 8. ob dolum ante acceptum judicium commissum in restituendo non jurari, sed post susceptam caussam, si aut contumaciter reluctatus, cum posset restituere, aut dolo fecerit, ne posset, add. Plot. *h. Tr.* §. 14. *n.* 1. *et* §. 25. *n.* 3. *et* 4. Cæterum Anton. Fab. 17. *Err. Prag.* 6. reprehendit putantes jusjurandum in litem in bonæ fidei judiciis tantum nasci ex dolo amisso in judicati exsecutione. Nam *in L.* 3. §. 2. *Commod.* habetur *rei judicandæ*, id est quo res in condemnationem deducitur, non *judicatæ*. Et quid si res commodata, ex. gr. ante rem judicatam dolo malo rei præstari posse desit, ad quid feretur, ait, sententia nisi ad æstimationem? Quæ autem alia æstimatio nisi hæc. etc.? Dolus autem Rei proprius requiritur. Aliud si pupillus conveniatur ex dolo tutoris, per *L.* 1. *Cod. Quand. ex fact. tut. vel Cur.* Beust. *ad Rubr. de jurejur. n.* 151. Aliud si heres ex dolo defuncti cum quo lis nondum contestata est, *L.* 1. *L.* 2. *L.* 4. *C. h. t.* vid. Coras. *ad L.* 5. *D. h. t. n.* 28. ubi quadripartitam distinctionem refert Borch. *h. Tr. Cap.* 5. Duobus casibus contra heredem hoc præstari notat Monter. *Decis.* 11. *n.* 7. Wesenb. *Cons.* 13. *n.* 25. Verus item, non præsumptus, ut Jo. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 49. *n.* 30. Sed contra Duar. *h. t. n.* 35. vide distinctionem Bargalii 2. *de Dolo* 3. *n.* 2.

hoc ex perpetuo jure, quo placuit qui dolo possidere desierunt, pro possessoribus esse habendos, *d. L. sed etsi, §. perinde*, *L. qui dolo, D. de reg. jur.*

II. Quod ait Marcianus in litem non jurari ob culpam; judicem enim hanc æstimare, sic interpretandum est ex *d. L. qui restituere*, ut qui nec potest restituere, nec dolo fecit quominus posset, si tamen culpa ejus factum est, damnari debeat; sed ita ut culpa, idest damnum culpa datum solum æstimetur et, ut ibi loquitur Ulpianus, *non pluris quam quanti res est, quanti adversarii interest*, reus condemnetur.

III. Culpam hic levem, non latam accipere debemus; nam cum prius Marcianus dixit ob dolum jurari in litem, etiam ob latam culpam jurari dixit; lata enim culpa dolus est. *L. quod Nerva, D. depos.* Quid? quod id expressum est in *L. 2. C. de in lit. jur.* ut bene Fulgosius (4) adversus Accursium atque alios eum vulgo secutos, observavit ac docuit in *d. L. 5. D. h. tit.* nec mutat quod dicit, ob dolum solum jurari in litem. Nam nec hac particula solum lata culpa excluditur, nisi quid aperte de lata culpa excludenda in lege significetur, ut in lege Cornelia de sicariis, *L. in lege. D. ad L. Corn. de sic.* Argumento est quod de deposito traditur, dolum duntaxat in eam actionem venire, *L. 1. §. ult. D. depos.* nec minus tamen constat depositarium ob latam culpam teneri, *L. 1. C. dep.* idem et de mensore scriptum est in *L. 1. §. 1. si mens. fal. mod. dix.*

IV. Ex his intelligimus dolum, aut similem dolo culpam quæ lata dicitur, in non restituente vel exhibente rem petitam caussam esse hujus jurisjurandi, sive ut in litem adversus eum juretur. Est et altera caussa in persona petitoris, jus scilicet ejus et affectio in re petita, quam ejus esse vel ad ejus jus pertinere, supra cum de actionibus dissereremus, intellectum est: iniquissimum enim visum est veteribus cogi quenquam invitum re sua carere, suoque pretio eam alteri vendere, *L. non enim æquum, 7. D. rer. amot.* Atque hæ duæ caussæ, affectio, inquam, petitoris, et dolus adversarii, ut conjunctæ locum huic jurijurando faciunt, ita conjunctim a Marcello expositæ sunt in *L. tutor, 8. D. h. tit.* Et affectio ista quidem præcipue (5) spectanda fuit; unde et affectionis jusjurandum vulgo dicitur: nec in omnibus rebus locum habet, etiamsi maxime his actionibus petantur quæ conditione sua hoc jusjurandum admittunt, et agatur adversus contumaces; sed in iis tantum in quas affectio cadit.

V. Negat Ulpianus in *L. nummis, 3. D.* hoc tit. *nummis depositis, judicem oportere in litem jusjurandum deferre, ut juret quisque quod sua interfuit:* et addit rationem, *cum certa sit nummorum æstimatio.* Qua ratione maxime declaratur sic recte de rebus in universum definiri; quarum rerum certa æstimatio est, quales sunt nummi, vinum, oleum, frumentum, et quæcunque res pondere, numero, mensurave constant: etsi hæ depositæ petantur, aut tanquam res petitoris vindicentur, eædemque dolo aut contumacia possessoris non restituantur, quibus de caussis jusjurandum in litem admitti solet; tamen de his rebus hoc jusjurandum deferri non debere: cæteris in rebus deferri posse, si aliud non impediat. Ratio ducta est ex fine jurisjurandi in litem. Nam hoc jusjurandum vel ob id defertur, ut constet de vera æstimatione rei quæ ignoratur et aliter probari non potest, *L. 5. in fin. D. h. tit.* vel ut pretium rei arbitrio domini statuatur ex ejus affectione, *d. L. tutor.* Neutram ob

(4) Consentit Coras. *ad L. 5. h. t. n.* 27. *fol.* 628. *et* 4. *Misc.* 2. *n* 11. Duar. *ad h. n.* 33. *et seqq.* Busius *ad L.* 4. §. *ultim. h. titul.* Bron. 2. *Enant* 30. Borch. *h. Tr. C.* 5. *n.* 5. *et seqq.* Quia ubi de pœna, modo pecuniaria sit, agitur, dispositio dolum puniens latam culpam complectitur, etiam adjuncta taxativa, *L.* 1. *si is qui test. Lib.* Duar. et Bron. *d. loc.* Et culpæ v. *in L.* 4. §. *ultim.* levem innuit, non latam, uti et alias Coras. *d. loc.* et Borch. *n.* 9. Dissentit post alios Schrad. *de Feud. P.* 10. *Sect.* 4. *n.* 185. Benst. *in Rubr. de jurejur. n.* 131. Plot. *h. Tr.* §. 4. *n.* 86. *et* §. 48. *n.* 16. *et* Pac. 3. *Enant. Q.* 90. Volentes speciale esse *d. L.* 2. *Cod. hoc tit.* in actione tutelæ, ut ex lata culpa juretur favore pupilli. Quo facere videtur quod *tit. hic C. de in lit. jur.* in materia tutelæ positus, nec alios casus continet. Eoque forte ostenditur quod illic tractetur non de alio jurejurando quam in caussis tutelæ delato, vid. de hac quæstione Bargal. *Lib.* 5. *de Dolo C.* 2. *n.* 35. *et seqq. et Lib.* 6. *regula* 8.

(5) Generale est ut in venditione pretium arbitrio domini statuatur. Affectioni itaque indulgeri hic non iniquum. Duar. *h. t. n.* 8. quæ sæpe in rebus vilioribus, ut canibus, equis immodica conspicitur. Qui itaque modus in his rebus cupiditatis, idem æstimationis esse lolet. Exempla est fictilis Epicteti lucerna, quæ Luciano teste, tribus drachmarum millibus æstimata est, P. Vanderan. *de Privil. credit. Cap.* 12.

caussam jusjurandum in litem (6) de nummis deferri potest. Nam si nummorum æstimatio quæritur, hæc per se certa est, eoque non indiget alia probatione, multoque minus ad eam rem jurejurando. Si quæratur domini affectio, hæc in nummos et res superiores non cadit. Unus enim aureus solaris, exempli gratia, ab alio utilitate et commoditate nihil plane differt: quod in animalibus, hominibus, prædiis, et cæteris rebus quæ sua specie non quantitate æstimantur, secus est: harum enim rerum unaquæque suam vim, suas commoditates, utilitates, voluptates a cæteris multum distantes habet. De domini affectione nihil ibi dixit Ulpianus, hanc nimirum in nummos non cadere, quia minus de eo dubitabatur.

VI. Sed de nummis quod dixerat, sic temperat, si convenerit ut certo die redderentur nec redditi sint, placere jusjurandum in litem deferri posse: non de nummis, ne Ulpianus mutet quod dixerat certam eorum æstimationem esse, et propterea jusjurandum in litem non admittere; sed de eo quod actoris intersit nummos illi (7) *sua die redditos fuisse*. In quo computari ait

(6) Finis jurisjurandi, ut dominus pretium rei suæ statuat. Ad eas itaque res pertinet, quarum pretia incerta, quæ secundum tempora variant. Earum enim rerum quæ in mercis numero, æstimatio mutabilis quæ fit pecunia. Nummi autem merce non æstimantur, *L. si ita* 42. *de fidejuss.* Duar. *h. t. n.* 4. *et* 5. Videnturque iidem nummi reddi, etsi alia corpora, modo ejusdem generis et bonitatis, cum æstimatio non sit pro hominum arbitrio varia, neque ita cogatur aliud pro alio accipere, A. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. (Exceptio tamen statuenda ex notatis *supra Lib.* 10. *Cap.* 3. *N.* 6.) Idem fere de vase argenteo judicatum refert Ant. Fab. *C. suo h. t. definit.* 2. Eadem ratio librorum ejusdem editionis, vid. Beust. *ad Rub. D. h. t. n.* 149. ubi *n.* 152. cessare docet hoc jusjurandum ubi res venalis habita. De quo tamen ex rei qualitate varie statuendum puto, tametsi Cocas. 6. *Misc.* 3 rationem eam, quod in nummos non cadat affectio, repudiet.

(7) Hic quoque cum manibus Triboniani luctatur Ant. Fab. 17. *Err. Prag.* 9. eidem *d. L.* 3. vers. *Nisi forte de eo*, totum ceu multis modis ineptum adscribens. Movetur, 1.° Quod ex ratione quæ in *d. vers.* tantum sequatur, præstari debere id quod interest, quod alioqui ratione nummorum non debetur. Quanti interest in ea specie, sciri facile citra jusjurandum potest, quantum scilicet fuerit in pœna, quanti pignus distractum. Semper, ait, verum manet ratione nummorum, non interesse hæc an alia corpora reddantur, ideoque jurejurando huic locus nullus. Nam, quod Accursius jurari hic, sed non in litem, præcedentia uti et series ac contextus refellunt. Nec audiendus Bart. et sequaces qui ibi esse juramentum veritatis, ut *L.* 5. §. *ult. h. t.* Nam et id commentitium, vid. *not. C. seq. N.* 2. *et d.* §. *ult.* sine delatione juramenti res nullo modo æstimari potest, quod hic non accidit. 2.° Per verba: *Sua die.* Inaudita hæc conventio in deposito, ut certa die reddatur. Absurdeque Accursius hoc extendit ad nummos creditos, qui mutuum est stricti juris, itaque jusjurandum in litem non recipit. Falsus autem in eo Tribonianus, judicio Fabri, quod putavit ideo non dari jusjurandum in litem in deposito nummorum, quia nihil intersit; unde collegit locum ei esse quando interest. Quæ ratio falsa. Neque enim juratur quoties interest, quin immo quando id quod interest præstari dicitur, jusjurandum hoc excluditur. Hæc summa impetitionum Fabri brevius concepta; quibus æque brevibus nunc occurremus. Unde quæso, ut hinc incipiam, objecta ansa erroris Triboniano, nonne is omnibus antiquorum Jurisconsultorum monumentis, etc.? Quænam illi voluptas ex tanta, cujus insimulatur, responsorum veterum Prudentum corruptione ac perversione juris rationis? Quidquamne vero in *d.* vers. *Nisi forte*, juris rationi repugnans? Immo congruentius nihil. Non sequitur: Aliunde liquere potest quantum intersit; itaque in litem non juratur. Fateor jusjurandum hoc non deferri toties quoties interest: largior, quando absolute, sine adjecto dicitur id quod interest præstari, jusjurandum hoc excludi. Num ideo non simul vere et realiter interesse potest, quoties hoc jusjurandum admittitur? Et num quoties sciri potest aliunde quantum vere intersit, jusjurandum hoc non defertur? Num ratio *d. vers.* ad interesse solum verum et pecuniarium concludit, num in hac specie affectioni locus nullus? Est immo opinor. Quidni enim vir probus majoris æstimet opinionis aliquam et fidei non modicam imminutionem, quæ exinde secuta est, quod fidem conventionis suæ alteri præstare non potuit. Ad hæc, si pignus distractum quod luere propter moram depositarii non potuit, nunquid et hic rem suam invitus, et nec justo pretio quidem, sed ut plerumque in pignorum venditionibus evenit, minoris vendere coactus, quam retinuisset, ni moram depositarius fecisset? Quid igitur vetat, immo quid non summopere poscit, affectionis erga rem istam pignoratam et distractam rationem haberi? Et affectionis hoc jusjurandum vere statuemus, non veritatis. Quod DD. plerique affectionis extra rem vocant, ut not. *supra C.* 6. *n.* 4. Æquius certe est hoc casu religioni et fidei deponentis committi quanti sua interesse putet (in quo et aliqua ratio affectionis erga rem pignoratam amissam, item ratio ejus habebitur, quanti æstimet fidem servari a se et conventioni suæ stari potuisse) quam eundem ex

extra nummos damna quæ ob pecuniam sua die non redditam contigerunt. Hæc autem esse ostendit, si actor sub pœna pecuniam debuit, quam scllicet quia solvere non potuit creditoribus suis, dum nummos a se depositos non accipit, ideo in pœnam incidit; aut si pecuniam debuit sub pignore, et quia pecunia deposita ei denegatur, pignus distractum est. Nempe jusjurandum in litem hic adhibebitur, ut petitor juret se tantum pœnæ nomine solvisse, ubi id aliter facile probare non possit, *arg. in. L.* 5. in fin. *D. h. tit.* in pignore autem ut juret quanti sit pignus amissum, non etiam ut id ex affectione æstimet, et debitor ei in tantam summam condemnetur. Non enim ita res æstimatur, nisi adversus eum qui rem de cujus æstimatione agitur possidet, et contumacia non restituit, aut quam prius restituere poterat, eam dolo desiit possidere, *L.* 2. §. 1. *L. tutor, D. hoc. tit.* in proposito autem is qui nummos depositos sua die non reddidit, pignus de quo agitur nunquam possedit, nec in eo non restituendo quicquam dolo fecit, cum a creditoribus actoris solum possessum et distractum fuerit. Sed et priori jurijurando non alias locus erit in hoc pignore æstimando, quam si pignus perierit, *L.* 5. in fin, *D. hoc tit.* Nam si adhuc extat, satis de vera æstimatione ex inspectione rei constare potest. Sed sive de pœna ista et pignore, quæ hic æstimanda dicimus, jusjurandum acturis admittatur, sive non admittatur, tamen illa sententia Ulpiani manet semper hæc æstimanda esse, ubi is cum quo agitur, nummos depositos sua die non reddidit, a quocunque ista æstimatio et quomodocunque probari debeat.

VII. Locus in hanc sententiam diligenter notandus; quo efficitur, quoties quid certo die præstandum aut restituendum est, etiamsi sit pecunia, vinum, frumentum et res similes quarum certa æstimatio est, quæque ex se fructus non ferunt; tamen adjectionis diei hanc vim esse ut, si res sua die præsitæ, restitutæ non sint, debitor teneatur non in res ipsas tantum sed in id quod actoris interest sua die præstitas non esse: hoc amplius in eo quod interest numeranda esse omnia damna ob eam caustam etiam extra rem contingentia, ut si ideo petitor in pœnam inciderit aut pignora ejus sint distracta. Quod idem Ulpianus apertius et pluribus confirmat in *L.* 2. §. *ult. D. de eo, quod cer. loc.* Videtur adversari *L. si sterilis*, §. *cum per venditorem, D. de act. empt.* Sed de ea objectione dixi oportunius ad *L. quod si Ephesi*, in pr. *d. tit. de eo, quod cer. loc.*

VIII. Postremo, ut hunc locum concludamus, ex eo quo supra demonstravimus contumaciam rei non restituentis alteram caustam esse propter quam lis ultra verum rei pretium crescat sive jurejurando actoris atque arbitrio æstimetur; ex eo, inquam, pendet illa quæstio, an propterea res petita pluris habenda et æstimanda sit quam revera est, quia lis crescere per hoc jusjurandum possit: de quo definit Ulpianus in *L.* 1. *D. h. tit.* (8) non esse. Quæstio inutilis et inepta, si id

adversarii culpa sine ulla sua, oneri difficilis probationis adstringere, cujus defectu sæpe id quod interest ad exilem summam redigitur, *L. ult. de stip. prætor.* De nihilo quoque quod ex verbis *sua die*, elicit Faber. Nam 1.° non necessario arguunt conventionis legem adjectam, sed recusationem dolosam depositarii, eo tempore quo repetebat deponens, restituere nolentis. *Sua die*, id est qua illum nummos habere oportuit ut solveret suis creditoribus. 2.° Non inauditum diem depositi redditioni dici, immo exempla *L.* 1. §. 45. *et seqq. D. Depositi.* Sed hoc dispositum ibidem quod etsi dictus sit, ante eum repeti possit. Quare et hic potest dici certam diem dixisse deponentem, eam nempe qua a se pecunia suis creditoribus solvenda, eum interim non haberet ubi ipse reconderet. Falso Faber non posse diem adjici deposito: potest immo, sed adjectus creditur in favorem deponentis, non depositarii qui nullum lucrum ex depositi officio captare potest aut debet. Et propterea illi pœnitere licet, ac citeriore die, modo non intempestive, repetere. Hoc autem diei adjectio efficit, ne ante lapsum ejus depositarius restituere possit nolenti, qui citra eam conventionem, quovis tempore restituens liberaretur, Wes. *Par. D. Depos. n.* 5. Denique Faber ipse a se dissentire videtur 16. *Conject.* 1. *pag. mihi* 273.

(8) Ubi verbum expungit Anton. Fab. *Conjectur.* 5. *C.* 17. quasi alias falsa sententia. Crescere potest, inquit; condemnatio per jusjurandum in litem ex contumacia. Sed non ideo dicendum pluris esse rem quæ in judicium deducta, ac cujus nomine juratur. Et contraria sunt, rem non fieri pluris et rem tamen æstimari ultra pretium, nec dicendum esse ultra pretium *rei*, sed suum. Sed hæ inanes argutiæ. Nec adimadvertit Faber, se dum ἀκυρολογίαν quam putat vitare vult, in graviorem incidere. Æstimari contumacia, pro coerceri, aut sensu eo, quem si correcta lectio posceret, ubi uspiam legitur? Licet facile largiar apte dici æstimare contumaciam ex suis requisitis etc item dolum æstimari ex eo, quod

quæri proponamus in his judiciis in quibus in litem juratur, sive cum de rei æstimatione principaliter quæritur: quorsum enim pertinet hoc definiri tanti vel pluris rem habendam esse? id enim tantum agitur ut æstimetur, non quanti sit res in judicium deducta. Et res ita habet, ut dixi, in judiciis in quibus in litem juratur, cum principaliter de re æstimanda quæritur.

IX. Sed accidit interdum ut in his ipsis judiciis multo ante sententiam, atque adeo initio judicii, ob alias caussas in judicium incidentes, quærendum sit quanti sit res quæ in judicium deducta est; ut quia id ante constitui necesse sit ad judicium rite instituendum aut promovendum; de quo tamen quicquid constitutum erit nihil ad principalem caussam decidendam pertinet: eoque superior quæstio et Ulpiani definitio pertinet. Veluti, cum tractatur de jurisdictione judicis apud quem agitur, quæriturque utrum res petita intra jurisdictionem ejus consistat an excedat. Pone fundum petitum, ad summum quingentis aureis dignum, apud eum judicem qui, ex lege et forma jurisdictionis suæ, usque ad illam summam cognoscere potest: eum vindicat petitor apud majorem judicem, quod dicat eum se æstimare septingentis aut pluris, et posse fieri ut tanti aut pluris in eo judicio fundus æstimetur, si per contumaciam ab adversario non restituatur; ejusque rei rationem habendam esse: contra adversarius utitur præscriptione fori, et ad judicem suum, illum minorem, revocat, quod dicat rei petitæ pretium intra jurisdictionem ejus consistere: recte dicit ex superiori Ulpiani definitione qua præcipitur verum rei pretium spectandum esse, non id in quod crescere lis possit, ex contumacia rei; quoniam hæc æstimatio non rei petitæ æstimatio sit, sed pœna contumaciæ non restituentis, ut scriptum est in *d. L.* 1. Aliud exemplum hujus rei in fidejussore judicio sistendi caussa dato poni potest: locuples dari debet, pro rei scilicet de qua agitur qualitate, id est qui tantum facere possit quanti res est de qua agitur: pone eam ducentorum esse: si ab actore petatur fidejussor locuples ad tercentos, quod lis crescere per jusjurandum in eam summam queat, non est audiendus: sed liberabitur reus, ne cogatur statim in jus venire, ut olim mos erat, nisi satisdaretur. *L.* 2. *§. ult. D. qui satisd. cog.* Hæc de his caussis Ulpianum scripsisse argumento est, quod *d. L.* 1. definitio sumpta est ex *lib.* 51. *ad Sabinum*, quo libro tractasse illum de judicio et de judicis jurisdictione indicat *L. eum qui*, 13. *D. de jurisd. L. si locus*, 59. *D. de jud. L. judex*, 55. *D. de re jud. L. nemo qui condemnare*, 37. *de reg. jur.* omnes sumptæ ex *eodem lib.* et ad eam tractationem quam dixi, pertinentes.

in litem juratur. ut *L.* 64. *de judic.* Rem æstimari quanti in litem juratur, recte dicitur, *L.* 8. *Rer. amotar.* Et ultra igitur rei pretium. Nec cum eo pugnat, quod res non fiat pluris. Distinguendum enim id quod in re est, ab eo quod in fictione aut opinione (non communi, ne quis objiciat verbum *opinamur d. L.* 1. sed) singulari. Nam cum et res ab iniquis taxatoribus minoris æstimatur, ideo minoris non fit; nec communiter minoris eam esse opinamur, ad effectus eos de quibus hic Donellus aut similes.

## CAP. X.

De posteriori genere jurisjurandi in litem, quod vulgo veritatis appellant.

*Aliud esse jusjurandum a superiore distinctum ex J. C. Marciani verbis ostenditur.* I. et seqq.

*Posterius hoc necessarium, prius illud voluntarium.* II.

*Necessitatem induci debitoris mora vel culpa, et rei ipsius interitu; et quare.* III. IV.

*Item et rei deterioratione.* V.

*Jusjurandum hoc posterius et in strictis et in bonæ fidei judiciis adhiberi.* VI.

*Sed in strictis, cum res extabit, secus in bonæ fidei judiciis.* VII.

*Hujus loci esse condictionem furtivam et furti actionem. Cujus temporis habenda æstimatio in utraque.* VIII.

Jusjurandum in litem duplex esse supra monui. Unum, quo jurat actor quanti rem æstimat vel ex affectu, quanvis ultra rei pretium. Alterum, quo jurat de (1) vera æstimatione, idest, quanti res vere sit, seu quanti sua intersit. De priori hactenus disputavimus, nec tamen plene: superest enim de vi ejus, deque necessitate suscipiendi dicere; sed quia hæc illi cum posteriori communia sunt, postea, ubi de hoc quoque breviter exposuero, in commune de illis duabus quæstionibus dicam. De hoc igitur jurejurando in litem, quo quanti res est æstimatur, illud primum quæritur an ullum tale sit: sunt enim qui (2) negent; sed convincuntur apertis testimoniis veterum,

(1) Super justo rei valore, omni affectione seposita, Menoch. *Arb. C.* 208. *n.* 2. De differentia inter hæc, quanti ea res, et quanti interest, vid. Ged. *ad L.* 79. *de V. S.*

(2) Duar. *ad hoc tit. in priori et posterior. Comm.* nullam distinctionem juramenti veritatis et affectionis agnoscit, etsi disertis verbis non reprobet. sed in *poster. Cap.* 5. statuit, si dolo aut contumacia rei difficilis reddita æstimatio ut aliter probari nequeat, nullam esse distinctionem actionum, *L.* 5. §. *ult. h. t.* alias non deferri, nisi in certis casibus, *L.* 5. *pr. h. t.* A. Massa Gales. *Tr. de judiciis bonæ fidei n.* 9. cum caussa jurisjurandi in litem deferendi sit difficultas æstimationis per judicem, conjuncta dolosa mora, id non esse judiciorum bonæ fidei præcipuum magis quam aliorum, ubi ex facti qualitate subsit caussa deferendi jurisjurandi. Denique A. Fab. 16. *Conject.* 1. *et* 13. ac 17. *Er. Prag.* 6. 8. *et* 10. hoc jusjurandum veritatis ita fere impugnat. Distinctio hæc Jurisconsultis ignota, omneque in litem jusjurandum est affectionis, sive certa res quæ debetur æstimanda, sive quod interest actoris. Differentia hæc solum inter bonæ fidei et stricta judicia, quod in illis jurare conceditur, etiam cum citra hoc res æstimari posset, ex æquitate judicii, ne per dolum adversarii quis re sua carerere ac vendere justo pretio cogatur: in his vero ex necessitate, eo uno casu quo alio modo res æstimari nequit, cum nempe res post moram (ante tamen litem contestatam, vid. *not. infra N.* 4.) perempta. Ubi enim obligatio perpetuetur, res autem præstari nequeat, æstimatio facienda. Ea autem præsens debetur temporis quo judicium acceptum. Quod probatur, tum quia alias falsa ratio Jurisconsulti in *d.* §. *ult.* quia æstimare *non potest*; res enim perempta, inspecto eo tempore quo exstabat, æstimari potest: tum quia fictione juris res habetur pro exstante. At si exstaret, talis deberet præstari qualis quantique esset cum peteretur. Ergo et nunc præsens æstimatio: nec contentus esse debet actor æstimatione quæ fuit tempore moræ, quia potuit pluris nunc esse, si perempta non fuisset. Præsens itaque æstimatio cum ejus rei quæ nulla est, nec officio judicis nec boni viri arbitrio constitui possit; inde eam jurijurando actoris committi oportet. Necessitatis itaque hoc juramentum potius dici debet quam veritatis, quia non pœna contumaciæ huc adigit, sed necessitas, non difficultas probationis, ut DD. vulgo, sed mera impossibilitas; quando sine delatione hujus jurisjurandi res nullo modo æstimari potest. Neque huic dat caussam dolus, sed mora *d. L.* 5. §. *ultim.* (quæ non modo sine dolo, sed et sine culpa esse potest) et interitus. Mora facit ut res perempta adhuc debeatur ac si extaret, non autem ut præstari possit, quia præstatio est facti, in qua fictioni non locus est, *L.* 12. §. 2. *de captiv. et postlim.* Quia itaque vi moræ res exstare fingitur; peremptæ rei præsens æstimatio debetur, et inde jurandi necessitas. Licet Stichus ex. gr. mortuus, præstanda tamen ejus æstimatio, *L.* 91. §. 3. *et ult. de V. O. L.* 21. *L.* 23. *de constit. pec.* et quidem præsens tempore quo agitur, non moræ aut mortis. Quin et quod æstimatio non debeat referri ad tempus præteritum quo res exstitit, ut Bartolus et alii, vel hinc patet, quia sic nulla non modo impossibilitas esset probandæ æstimationis, sed nec difficultas. Facile enim est dicere quanti res fuerit quæ nunc non exstat, quæ etsi exstaret, non ideo facilior foret præteriti temporis æstimatio. Sic in actione *L. Aquiliæ*, ubi æstimatio fit retro quanti res eo anno plu-

ut (3) Pauli in *L.* 2. §. 1. Ulpiani in *L.* 3. sed præcipue Marciani in *L. in actionibus* 5. §.

rimi, *L.* 21. *ad L. Aq.* non juratur in litem, quia pugnant condemnari quanti plurimi, et quanti in litem juratur. Quo circa, cum jurisjurandi delatio hic necessaria sit, consequens est etiam affectioni indulgeri, quia non nisi ex jurantis affectione æstimationem habere potest res ea, quæ revera, cum non sit, nullam habet. Sola itaque hic caussa necessitas vel impossibilitas probandi. Mora autem ideo exigitur, ut res deberi persistat. Quod si citra eam obligatio manere posset; ne illa quidem esset necessaria. Denique cum res æstimatur jurejurando in litem, inepte quæritur cujus temporis ratio habenda sit, cum æstimatio fiat ex affectione jurantis. Nec obstat *L.* 9. *h. t.* verbis: eum furtum factum sit. Nam resp. id ibi ideo quia pœna furti, (quæ cum propter delictum infligatur, ad tempus delicti referenda) dupli vel quadrupli constituitur ratione simpli. Etsi autem juravit agens furti rem fuisse pluris quam fuit, non idcirco minus valebit jusjurandum, nec audietur fur probaturus rem minoris fuisse. Hæc summa eorum quæ a Fabro *d. l. loc.* fusius probata. Sed opinatio ista, ut ab illo exordiar, æquitate perspicue deficitur. Quid enim durius et inhumanius, quam eum qui nullius doli reus, immo etiam aliquando culpæ omnis exsors, si verum, ut ipse quidem Faber ponit, quod culpa carere possit mora, quod hic non disputo propter rei interitum fatalem, ut est species *d. L.* 5. §. *ult.* tanta pœna plecti, ut in actoris arbitrio sit in infinitum illius rei pretium suamque ad rem affectionem æstimare? Immo an non abunde sufficit actori, si æstimationem veram consequitur, cui si citra moram res tradita fuisset, facile ipsi quoque perire potuisset? An non satis punitur mora, si æstimationem præstare cogitur, re insuper perdita; quam si præstitisset sua die, omni se obligatione exsolvisset, nec postea interitum rei præstaret? Quin immo vel ex eo constat affectioni hic indulgeri non posse, quia interitus rei post moram liberat morosum, si constet rem æque perituram fuisse creditori, ut suo loco. Nec alia ratione res deberi persistit ac exstare fingitur, quam quia acceptam creditor distrahere, ac ita res ipsi non perire potuit. Quare cum quis rem peremptam judicio persequitur, ea ratione nititur, quod res sibi non æque fuerit peritura. Unde apparet affectionem ejus singularem ac peculiarem ad rem spectari non posse, sed communne potius ac formale pretium. Quæ enim affectio ultra rei pretium, in rem quam acceptam ipse venalem habiturus? Nam si dixerit actor se Stichum, ex gr. qui mortuus est post moram amasse, vel fundum qui inundatione aut chasmate periit, vid. *d. L.* 47. §. *ult. de L.* 1. ob certas caussas majoris ex affectione æstimare quam alius; eo ipso ostendet se Stichum aut fundum eum non retenturum, ideoque ipsi certo periturum fuisse. Quæ professio non tantum jusjurandum in litem affectionis excludit, sed immo vere etiam ac justæ æstimationis petitionem. Atque his cum fulcrum sententiæ Fabrianæ subvertatur, reliqua per se corrnunt, quibus qui hæc menti infixerit levi negocio occurret. Non potest solum, sed debet hic æstimatio referri ad tempus quo res extitit; atque ita necesse est. Ponamus (ne litem liti implicemus) quod controverti alias potest et solet, in strictis judiciis quoad æstimationem, litis contestatæ tempus spectari; sed supponendi erunt termini habiles, subaudiendumque ut alias semper, si modo possit; si ratio alia juris vel naturæ non obsistat, sicuti hic natura impedit spectari valorem rei tempore quo non exstat. Dicit Fsber ex hac ipsa necessitate et alias æstimandi impossibilitate recurri ad jusjurandum hoc affectionis. Retorqueo. In hoc jurejurando fit æstimatio, si non rei ex affectione (quod dicitur *L.* 1. *h. t.* sed impugnat Faber vocula *ex delata*; vid. *C. præced. N.* 8.) saltem (dicente id Fabro) affectionis ad rem. Et fingitur postquam juratum est vel tanti rem fuisse vel tanti interesse partim peculiariter, partim ex affectione quanti juratur. Non igitur ratio temporis habenda quo res non exstat, nec affectio alio tempore considerari potest quam quo res adhuc fuit. Quis enim afficiatur erga rem quæ non est? Qui, sodes, jurari potest in litem ex affectione præsenti? Nam immo etsi de præterita affectione objiciat aliquid adversario, non tam illi quam sibi suæque intentioni adversatur per supra dicta. Quod si dixerit se distracturum fuisse rem acceptam, nonne inde efficitur contentum esse debere, si id pretium accipiat quod ab alio emptore accepturus? Non in hoc satis superque indulgetur actori, quod probare eum non oportet quanti potuerit res venire; sed ejus assertioni, juratæ licet, in caussa sua fides habetur? Ex his liquido jam apparet tantum abesse ut, re fataliter perempta, confugere necesse sit ad jusjurandum affectionis, ut nec alii quam veritatis juramento locus esse possit etiam in bonæ fidei judiciis, etsi maxime dolosa mora fuerit; de quo *infra N.* 6. Nihil obst. verba *non potest d. L.* 5. §. *ult.* Nam resp. patet ex iis quæ Don. *ut in medio h. Cap.* ibi: et *Ratio d.* §. *ult. etc.* Quæ et convincunt falsum esse quod Faber vult, æstimationem præteritam rei peremptæ perinde sciri posse ac si exstaret. Nam immo hoc casu, ex collatione cum aliis rebus ejusdem et speciei et bonitatis quæ eo tempore de quo quæritur venditæ, scito facilius quanti et hæc venire potuerit. Perempta ea, etsi de specie ex. gr. equo, servo, certi simus, non ita facile de qualitate et bonitate, ut Donellus hic, cum equus et servus alius 10. alius 100. florenis venire possit. Necessitatis hoc jusjurandum dici posse non diffiteor, in quo nec Donellus repugnat. Non

*plane interdum, D. h. tit.* ubi hujus jurisjurandi natura et conditio expressa est. Sentire enim eum et loqui de hoc posteriori jurejurando in *d.* §. *plane*, multis modis demonstrari potest. Dixerat enim antea in actionibus in rem, et ad exhibendum, et bonæ fidei in litem jurari; sed jurari ob solum dolum, non etiam ob culpam: intelligens scilicet prius illud jusjurandum in litem quod ita per excellentiam vocatur; idemque dixerat Ulpianus in *L.* 4. *præc.* §. *ult.* ob culpam in litem non esse jurandum. Postea Marcianus subjicit *et in actione stricti juris interdum in litem jurandum esse. veluti si Stichi promissor moram fecerit, et Stichus decesserit*, hoc est uno verbo, propter culpam hic in litem jurari; mora enim culpæ species est, *L. si servum*, §. *sequitur*, *D. de verb. oblig.* Atqui in litem jurari paulo antea non posse dixerat ob culpam, sed ob solum dolum. Eodem igitur loco manifeste contraria scripsit, nisi de diversis generibus in litem jurisjurandi senserit; quod et verum est. Idemque ex eo apparet, quod et in actione sola stricti juris sic jurari ait, ob culpam scilicet debitoris, cum prius illud jusjurandum in litem in actionibus tantum arbitrariis et bonæ fidei collocasset. Denique huic posteriori jurijurando tunc solum locus est, cum res debita non extat, sed perempta est, ut exemplum subjectum ostendit et mox amplius dicetur. Prius illud etiam re extante et tunc præcipue receptum est, cum quis scilicet contumacia non vult eam restituere quam possidet.

II. Nunc ipsa verba Marciani, quibus naturam expressam hujus jurisjurandi diximus, exponamus. Ait hic non jurari, ut in prioribus actionibus et de priore jurejurando dixerat; sed jurandum esse non otiose, sed quo significetur jusjurandum hoc quod defertur, interdum etiam in stricti juris judiciis necessarium esse; prius illud magis voluntarium. Re enim perempta quæ nihilominus adhuc debeatur, deferre jusjurandum actori de vera tantum rei æstimatione necessitatis est, ubi illi aliter consuli non possit. Quod fit in eo jurejurando de quo nunc agimus, ut postea declarabitur: deferre autem actori ut litem arbitrio suo æstimet, idque supra rei pretium, quod fit in priore jurejurando, voluntatis est et pœnæ, non ullius necessitatis; cum intra veram æstimationem consistendo, id est id quod ei abest sarciendo, non minus rem salvam habere potuerit. Unde et præcipue dicitur hoc jurejurando contumacia rei puniri, *L. tutor*, § 1. *D. h. tit.* Potuit autem pœna omitti, ut nihilominus actori consuleretur.

III. Ait Marcianus jurari *interdum; quod* explicat his verbis: *Veluti*, inquit, *si promissor Stichi moram fecerit, et Stichus decesserit.* Dixit *veluti* ut intelligeremus sub una specie res omnes ejusdem generis ac similes accipere nos debere, ut fit cum exempli caussa aliquid dicitur, *L.* 1. §. *quod vulgo, D. unde vi.* Atque hoc modo hic et de promissore, et de Sticho, et de mora, et de morte loquitur. Nam etsi debeatur quid non ex promissione sed ex alia caussa, puta ex testamento, idem est, ut declaratur in *L.* 6. seq. Unde et regula antea generaliter de actione stricti judicii concepta, Idem, si non Stichus, sed alia res debita perierit; idem si non ex mora, sed ex alia culpa debitoris. Et in summa intelligimus duas (4)

minus tamen verum est, apte veritatis dici; quin ita melius constat oppositio alterius speciei. Hoc nego absolutam impossibilitatem probandi æstimationem requiri. Quidni enim summa difficultas efficiat, ut necessarium hoc videatur, sine quo nempe, probatione defecti plerique actores commodo litis exciderent, reis impune moram laturis. Nonne haud absimili ratione necessarium jusjurandum dicitur, quod vulgo suppletorium, de quo *Commentar. in Tit. Digestor. de jurejur. Cap.* 11.? Denique ex iis quæ Don. *hic* profligatur Fabri opinio et omnino ex *L.* 8. *h. t.* verbis: *tanti rem fuisse*, non dicitur *se habuisse ex affectione, etc.* Male itaque Faber non audiri probationem contrariam. Contra vid. *C. seq. N.* 11. 12.

(3) Quod ex iisdem LL. confirmat Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 2. Attamen in specie *L.* 3. *h. t.* puto affectionis juramentum præstari, si alia ejus requisita concurrant, vid. *not. C. præced. N.* 7.

(4) Vulgo DD. duo requirunt. 1.° Dolum præteritum præsentem.) 2.° Difficultatem probationis, Menoch. *Arb. Cas.* 208. Jo. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 4. *n.* 20. *et* §. 26. *n.* 1. et refert A. Fab. 16. *Conject.* 13. Unde et huc refertur jusjurandum Zenonianum *L.* 9. *C. Unde vi.* Menoch. *d. loc. n.* 3. *et seqq.* item quod præstatur contra tutorem vel administratorem qui non confecit librum rationum. Plot *d.* §. 4. *n.* 85. *et* §. 9. *n.* 28. Menoch. *d. loc. n.* 16. *et seqq.* Munnoz. *de Ratiocin. C.* 9. *n.* 26. *et seqq.* contra fiduciarum heredem, et usufructuarium omnium bonorum, inventario non confecto, Plot. §. 26. Quin Duaren. *h. t. n.* 52. quoties de eo quod interest quæritur, cujus probatio difficilis, *L. ult. de præt. stip.* hoc jusjurandum deferri putat. Sed ita ut Don. *hic* Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 2. *et* 3. *et C.* 5. *n.* 14. ubi et ob levem culpam jusjurandum veritatis præstari, quia ejus species sit mora. Neque aliud puto, mora post judicium acceptum

res in universum esse quæ conjunctim hoc jusjurandum in actione stricti judicii inducant; culpam debitoris quæ perpetuavit obligationem, et interitum rei debitæ. Quæ cur duo hic exigantur, et simul conjuncta cur ad hoc prosint, cognoscendum est. Primum moram aut culpam debitoris intervenire oportet; quoniam si prius res pereat, quam per debitorem factum sit quo minus daret, jure liberatur, *L. si ex legati, D. de verbor. obligat.* *L. quod te, D. si cer. pet.* et quidem ita, ut nec æstimationem debeat, *L. in ratione*, §. *incertæ, D. ad L. Falcid.* ut propterea jurijurando locus esse non possit. At mora facta, perpetuatur deinceps obligatio; ut quamvis res pereat postea, nihilominus tam teneatur debitor quam si res exstaret, *d. L. si ex legati, L. si servum*, §. *sequitur. L. nemo, D. de verbor. oblig.* Unde et re perempta, etiam nunc de æstimatione superest actio, *L. in re, D. de cond. furt.* Idem est, si culpa debitoris res perierit, *d. L. si servum*, in pr. at §. 1. et culpa quidem etiam sine dolo, *d. L.* §. *sequitur.* Exigitur hic præterea ut res perierit, ut exemplum allatum ostendit in *d.* §. *plane*, et *L.* seq. *alias*, ubi verbum *alias* non potest referri nisi ad conditiones prius comprehensas, quæ significantur ideo esse adjectæ, quia *alias*, id est extra has conditiones in his judiciis non juratur in litem.

IV. Et ratio hujus rei in *d.* §. *plane* reddita est: *quia judex sine delatione jurisjurandi, æstimare non potest rem quæ non extat.* Sic enim (5) legendum est; non ut in Pandectis Florentinis *sine relatione jurisjurandi:* judex enim, non alius, jusjurandum in litem defert, *L. tutor, D. hoc tit.* at judici certe nemo defert, ut dici possit judicem id referre. Sed cur non potest judex sine delatione jurisjurandi æstimare rem quæ non extat? Id vero aperte falsum est, si quis de eo quod natura fieri potest interpretetur. Potest enim actorem cogere ut probet rem tanti esse quanti dicit, aut affirmanti credere. Sed hoc sic accipiendum est, ut non possit jure atque ex officio judicis, quia non potest sine injuria actoris aut debitoris. Actoris, si probationem exigat ab invito. Sic enim eveniet ut, actore non probante, reus absolvi debeat: at re amplius non extante, æstimationis ejus aut difficilis, aut potius nulla legitima probatio est. Quibus enim instrumentis ea demonstrari possit, aut quibus facile testibus? Neque enim instrumenta de rei æstimatione confici solent, neque testes reperias qui rem eum extaret viderint; aut curiosius quanti esset observarint, aut etiam meminerint. At iniquum est moram et culpam debitoris actori nocere, *L. in condemnatione*, §. *unicuique*, *L. factum, D. de reg. jur.* Reo judex injuriam faciet, si necessitate probandi actori remissa (ut debet), nudam ejus æstimationem volet sequi sine delatione jurisjurandi; quia eum posset actorem sine injuria obstringere religione jurisjurandi ne falsum diceret, et hanc veluti probationem a reo exigeret, maluit eum absolute in caussa sua facere judicem; quod eum genere ipso iniquum sit, nunquam quoad ejus fieri poterit est admittendum, *L. Julianus ait, D. de judic.* ut in hac caussa non est iniquum, ubi jusjurandum ante delatum accedit; cum aliter actori consuli non possit, et huic delationi culpa debitoris caussam dederit: et rursum aliter reo consuli non potest, nisi delato actori jurejurando. Ex quo intelligimus illam necessitatem hujus jurisjurandi deferendi, propter quam nimirum in litem jurandum esse Marcianus dixit, non jurari.

V. Hoc loco diligenter monendi sumus, quod haetenus diximus de re quæ periit in totum, ut fit cum Stichus decessit; idem admittendum esse et in re deteriore post moram facta, ut juretur hic et de æstimatione, quatenus res deterior facta est. Nam

comissa. Tametsi DD. vulgo qui docent ex dolo quandocunque etiam ante sententiam commisso, si juncta sit difficultas probationis, jusjurandum hoc deferri insectetur A. Fab. 17. *Err. Prag.* 6. Namque, ait, si post judicium acceptum res perempta, citra jusjurandum hoc judex æstimare potest rem perditam, inspecto scilicet tempore litis contestationis. Siquidem etsi exstaret, non alius temporis quam quo lis contestata est, æstimatio deberetur, quæ sciri perinde potest re perempta *L. pen. de cond. tritic.* Nec etiam difficultas quantacunque, sine tamen impossibilitate, jurijurando huic in strictis judiciis locum dat, nisi forte in unica specie *L. 9. C. Unde vi.* odio violenti possessoris; ubi tamen novum jurisjurandi genus a Zenone inducitur, non de æstimatione rei debitæ, sed probanda quantitate rerum per vim subreptarum. Sed ad hoc facilis resp. ex *not. C. præced. N.* 2. vers. *Ponamus* (*ne litem etc.*) Spectetur sane, esto, ejus temporis æstimatio. Ast si res periit antequam æstimaretur, major ratio deferendi hujus jurisjurandi actori, quam difficilem ejusdem probationem ex mora Rei injungendi etc.

(5) Quomodo et legit A. Fab. *Lib.* 16. *Conject. et Decad.* 18. *Err. Prag. passim.* nulla mentione correctionis. Et ita in editione Parisiens. an. 1527. et aliis.

et id quod catenus periit non extat, nec magis potest nunc æstimari sine jurejurando quam si res omnino periisset. Et vero quod jus est de toto, idem et de parte intelligendum esse placuit, *L. quæ de tota, D. de rei vind.*

VI. Ad extremum non est prætereundum quod Marcianus ait, hæc statui non in actione stricti judicii, *sed et in actione stricti judicii*: qua conjunctione admonemur, quod hic actionibus stricti judicii tribuitur, ita his tribui ut sit etiam cum aliis commune. Atque hoc voluit intelligi, si quid ex bonæ fidei aut arbitrariis actionibus præstandum sit, quod itidem post moram debitoris possessorisve perierit, non minus: atque adeo multo magis etiam in his (6) eodem modo jurandum esse, ut in quibus et eadem æquitatis ratio et natura actionum plenior, evidentius idem jus desiderent, *§. in bonæ*, et *§. præterea, Institut. de action.*

VII. Sed non ut omnium actionum commune est ut in his juretur in litem cum res post moram periit, ita est omnium commune ut in his non juretur si adhuc res extabit. Solum actionum stricti juris hoc proprium est, ut in his, re extante, nunquam in litem juretur. Diversum est in bonæ fidei judiciis et arbitrariis, in quibus utcumque dolo adversarii fiat ut res non restituatur quantumvis extet, juratur in litem et quidem ita, ut rei æstimatio arbitrio domini subjiciatur: huic enim jurijurando in contumacia rei locus est, *L. 1. L. 2. §. 1. L. tutor, D. h. tit.* non est autem contumacia nisi cum qui restituere rem debet et potest, is non restituit, *L. contumacia*, in fin. *D. de re judic.*

VIII. Actionem autem stricti juris hic intelligere debemus etiam eam quæ ex delicto oritur, veluti condictio furtiva, vel ipsa furti actio; de qua posteriori tantum accipienda est (7) *L. cum furti, 9. D. h. tit.* scribit enim illic Javolenus tanti rem æstimandam esse quanti fuit, cum furtum factum est. Atqui, si de re condictione furtiva ageretur, ut illic accepit Accursius, æstimatio fieret ejus temporis quo res unquam plurimi fuisset postquam furtum factum est. *L. in re, §. 1. D. de cond. furt.* Cur non igitur et in actione furti, cum res æstimanda est, idem dicimus? Differentiæ ratio est, quod in condictione res furtiva petitur; quæ quia omnibus temporibus debetur, ideo ex omnibus temporibus æstimanda est pro arbitratu et commodo petitoris. In actione autem furti non res petitur sed furti pœna; quam æstimari oportet ex eo tempore quo furtum factum est. Actio enim furti quæ hanc pœnam persequitur, jure proposita est ei *cujus interfuit rem non surripi, L. cujus, 10. D. de furt.* hæc verba ad id quod interest eo tempore quo furtum factum est, non obscure referuntur: sed objiciet aliquis, in actione furti non recte nos dicere in litem jurari, cum ea sit actio de pœna furti non de re furtiva, cujus de æstimatione in hoc jurejurando quæritur. Dicimus sic actionem

(6) Ita et Borch. *h. t. C. 4. n.* 80. Plane A. Faber, sicuti in strictis ex mora jusjurandum affectionis admittit ut *supra N.* 2. ita ex eadem in judiciis bonæ fidei 16. *Conject.* 13. *et 17. Err. Prag.* 6. *ac* 10. si res ante litem contestatam periit. Nam hoc, arguit, commune omnium judiciorum tempus litis contestatæ spectari ex ipsissima juris ratione, licet in bonæ fidei judiciis id non spectetur præcise, si vel moræ vel condemnationis tempore res pluris fuerit. Quare cum potuerit æstimatio augeri usque ad tempus rei judicandæ, et per moram factum ne cresceret; non debet illa efficere quo minus præsens æstimatio debeatur. Qualis autem sit re perempta, non magis a judice in his quam in strictis judiciis constitui potest. Verum omnino puto nec in bonæ fidei judiciis alii quam veritatis jurijurando locum esse, quoties res casu fatali periit, etsi dolo Rei factum ne citius restitueretur. Quippe nec hic affectio spectari facile potest, cum si certum foret rem ipsi actori quoque perituram, ne veram quidem is æstimationem consequeretur, *L. 14 §. ult. Depos. et similib.*

(7) Borch. *h. t. C. 4. n.* 78. Gœd. *ad L.* 192. *de V. S.* A. Fab. 17. *Err. Prag.* 5. Qui in eo errare videtur, quod *d. L.* 9. de jurejurando affectionis accipit, et ideo ad condictionem furtivam non pertinere, quia in hac illi jurijurando non locus sit, nisi eo casu quo res post moram periit. Confer *supra* ex Fab. *N.* 2. Nunquid igitur in actione furti pœnali indistincte ex affectu jurabitur? Id consequens equidem. Verum qui vel *L. 5. pr.* vel juris rationi conveniat non video. Ne dicas et hic rationi locum esse ne cogatur dominus re sua carere ac justo pretio eandem vendere, ut A. Fab. *d. loc.* Nam ei immo magis locus in condictione furtiva, quæ veluti ex caussa dominii datur, et actio furti sæpissime datur non domino cujus quoque modo vel ratione interest. Denique quadruplari verum pretium diserte docet *L. 50. pr. de furt.* quæ perspicue Fabrum refellit. Alii de condictione furtiva *d. L.* 9. accipiunt ut citati *supra Lib.* 21. *C.* 3. *N.* 15. De utraque accipi poterit, si spectetur principalis ibi quæstio, non de tempore juxta quod æstimatio, sed an adjici debeat eo plurisve, add. not. *h. C. N.* 2. *sub. fin.*

de pœna esse, ut non eo minus in eo judicio et res furtiva æstimanda sit. Petitur enim ea actione duplum aut quadruplum. Id quantum sit intelligi non potest, nisi prius constiterit quanti sit res furtiva, idest simplum, quod duplandum aut quadruplandum est. Quod si hic res æstimanda est, etiam de ea æstimatione (8) jusjurandum locum habebit.

(8) Ita Borch. *d. C.* 78. Et in hoc convenit A. Fab. 17. *Error. Prag.* 5.

## CAP. XI.

Quæ sit vis jurisjurandi in litem, quibus conditionibus id servandum. De perjurio.

*Servari oportere jusjurandum in litem, si modo duas habeat conditiones.* I.

1. *Si actor non alio a reo, sed judice deferente juraverit: quid si a reo ex culpa deferatur actori in id quod ejus interest.* II.

*Si tamen eum reus actori detulit, eo jurejurando teneri velit, idem et a judice servari necesse est.* III.

2. *Etsi actor et in immensum juravit; sed tamen modum in eo non excessit a Judice præfinitum. Jurare in immensum quid sit; et quatenus judex hoc quod juratur sequi debeat.* IV. VI.

*An, et quando Judex possit jurijurando in litem taxationem adjicere: quæ vis hujus taxationis; et qua distinctione tota finiatur hæc quæstio.* V. VI.

*Sive nec judex a se delatum jusjurandum minuit aut rejecit ex magna caussa: quæ sit talis.* VII.

*An posteriori huic exceptioni fuerit jure novissimo derogatum.* VIII.

*Exponitur* L. de perjurio 11. D. de in lit jur. IX.

*Jusjurandum in litem, si perjurium habet conjunctum, posse ex caussa retractari solum illud quo quanti res est æstimatur.* X. IX.

I. Nunc de vi jurisjurandi in litem dicendum est. Vis est in eo, ut servari debeat, ut si et de alia re inter litigatores juratum esset, sed suis conditionibus. Hæ duæ sunt: una, si actor deferente judice juraverit: altera, si taxationem judicis non excesserit.

II. De priori conditione sic Ulpianus scribit in *L.* 4. *videamus*, §. *deferre*, *D.* h. tit. *Deferre autem jusjurandum judicem oportet: cæterum si alius detulerit jusjurandum, vel non delato eo juratum sit, nulla erit religio nec ullum jusjurandum; et ita constitutionibus expressum est Imperatoris nostri, et divi patris ejus:* hæc ille. Et siquidem alius dejerat quam reus, expeditum est quod dicit nullum esse jusjurandum: at reo deferente, cur ei jusjurandum non noceat? Movet quod aliud omne quod non est in litem, adversus eum qui detulit servari placet; non quod non sit in litem, sed quia, ut juris auctores tradunt, proficiscitur ex conventione et speciem transactionis continet: ideo servandum propter religionem et conventionem, seu transactionem, *L.* 2. *L. sed etsi servus*, *L. qui jurasse*, *seq.* §. *ult.* *L. admonendi*, *D. de* *d.* *jur.* Et quod idem valet, quia æquum est adversus eum custodiri, qui contentus eo cum deferret fuit, *d. L. qui jurasse*, in principio. Concurrunt hæc omnia etiam in eo jurejurando quod in litem a reo defertur; cur ergo non servabitur? Quia jusjurandum aliud omne quod servari diximus, interponitur de re ad litigatorem omnino pertinente. In jurejurando hoc in litem etiam res judicis agitur. Adhibetur enim ut puniatur contumacia non restituentis aut non exhibentis, *L.* 2. §. 1. *L. tutor*, *D. hoc titulo*. Hæc contumacia adversus judicem committitur, cui jubenti non paretur. Merito igitur jurisjurandi delatio, ut in re maxime judicis, arbitrio ejus et potestati permittitur. Ex quo intelligitur non idem esse in alio jurejurando in litem quod ex culpa defertur actori in id quod ejus interest; ad id jusjurandum superior definitio non pertinet, nec quicquam prohibet quo minus reus recte id deferat; et cum detulerit, adversus eum ex generali regula edicti servetur. *L.* 5. *D. de jurejur.* Quod semper ita accipiendum est, dummodo reus præsente judice id deferat, ut in omni judiciali jurejurando fieri debere præcipitur in *L. generaliter*, §. *omne igitur*, *C. de reb. cred.*

III. Sed et illud quod de priore jurejurando in litem dictum est, nullum esse id jusjurandum, si reus detulerit, non judex; si

accipiendum est, ut nullum sit, si quidem reus, posquam juratum est, eo (1) teneri nolit: cæterum si velit consentiatque ut in eam æstimationem sententia feratur, non est in potestate judicis id non sequi, quasi ipse jusjurandum non detulerit; quoties enim inter litigatores convenit quid pronuncietur, judicis officium est ejusmodi sententiam proferre, *L. si convenerit*, §. *de re judic.* Nec contrarium est quod in *d. L.* 4. §. *deferre* dicitur, nullum esse jusjurandum; neque enim tam jusjurandum hic judex sequitur quam posteriorem conventionem.

IV. De altera conditione videamus. In quo quæritur an judex tanti reum condemnare debeat quantum petitor in litem juraverit, etsi in immensum juraverit; an vero sit in potestate judicis id jusjurandum non sequi. Sententia summa Ulpiani est in *d. L.* 4. §. *jurare*, et §. *sequen.* Si quis deferente judice juraverit in litem, quanvis in infinitum, judicem tamen id sequi debere, nisi aut is modum statuerit ad quem usque juraretur et actor hunc modum excesserit; aut magna aliena caussa id non sequi suadeat: ut constet locus definitione una, cui adjunctæ sint duæ exceptiones. Ait ergo, jurare in infinitum licet: id postea dicit, in (2) immensum, id est in eam summam quæ longe rei pretium ac pene modum in eo excedat: certa sit tamen et pronunciatione finita, non incerta; judex enim certam sententiam ferre debet, §. *jurare, Institut. de offic. judic.* Nam infinita hic dicitur, non quod pronunciatione finita non sit, sed quod verbis legis sit infinita; quoniam quibus legibus de hoc jurejurando cautum est, certa quantitas non adjicitur ad quam usque juretur, sed sine ulla præfinitione juris licet in hanc aut illam summam jurare, *L. arbitrio, D. de dolo.* Quod ait Ulpianus ita jurare licere, ut cum juratum fuerit, jusjurandum servandum sit et judex id sequi debeat; idque significat in §. sequen. ubi definit magis esse ut judex possit hoc jusjurandum non sequi, sed ex magna caussa: nisi igitur hæc magna caussa sit, sequi cogitur. Quod ipse idem apertius expressit in *L. qui restituere, D. de rei vindic.* cum ait, si possessor dolo fecerit quominus posset rem restituere, damnandum eum esse quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit. Ut, quanvis excesserit actor duplum rei petitæ aut triplum atque adeo quadruplum, tamen non dubia sit sententia Ulpiani judicem, nisi quæ magna caussa prohibeat, id sequi oportere. Neque id (3) mutavit constitutio Justiniani *L. un. C. de senten. quæ pro eo quod int. prof.* Non enim hoc jusjurandum est in id quod actoris interest, cui modum illa constitutio præfinivit, sed quanti actor rem æstimet, idque pro arbitrio et ex affectu; quæ res inter se ut contrariæ opponuntur, *L. tutor, D. hoc tit. L. non a judice, D. de judic.* Sed et in hoc jurejurando contumacia non restituentis punitur, *d. L. tutor*, cum hoc expedit metui delicti pœnam, *L. si unus*, §. *pacta, D. de pact.* tum vero lex Justiniani ad casus incertos, in quibus sunt delicta, non pertinet, ut illic docuimus. Nunc exceptiones videamus.

V. Prior exceptio est: licet in infinitum jurare, ut servetur jusjurandum, nisi judex modum statuerit jurijurando ad quem usque juretur; tum enim ultra jurare non licet, *L. si quando, C. unde vi.* Etsi juratum sit, hactenus nullum est jusjurandum, quasi nec delatum, *d. L.* 4. §. *deferre.* Sed repugnare videntur leges et edicta de hoc jurejurando; in quibus nullus modus adjicitur, nulla certa quantitas, *L. arbitrio*, in prin. *D. de dol. L. tutor, D. hoc tit. L. si filiofamilias,*

(1) Duar. *h. t. in poster. Comm. C.* 4. ita: Si simpliciter reus detulit, non sic intelligimus, quasi inter eos hoc convenerit. Sed si appareat id convenisse ut tanti condemnetur reus, si juret actor, id servandum. Recte. Tunc enim, opinor, non pro jurejurando in litem, sed decisorio habendum est. Sed et acceptando judicem deferre videri, Plot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 2.

(2) Hæc pro iisdem habet Donell. et Borch. *h. t. C.* 2. *n.* 16. Sed rectius puto Duar. *h. t. n.* 27. *in priorib. Comm. et in posterior. C.* 4. quod infinitum hic, non ἄπειρον nec idem quod *d.* §. 2. dicitur immensum, sed ἀόριστον indefinitum, alterum. Sic Cicer. 4. *Top.* Quæstionum duo genera: alterum infinitum, alterum definitum. Sic *in L.* 91. *de condit. et demon. L.* 13. §. *ult. de dam. inf.* Distincta igitur infinitum sine præfinitione, non tamen sine modo; et immensum sine modo et mensura, cum affectioni nimium indulgetur, Obrech. *Disp.* 12. *de R. J. P.* 1. *C.* 9. *n.* 435. *et* 2. *seqq.* add. Bronch. 1. *Misc.* 61. Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. A. Fab. 16. *Conject.* 17. *et* 18. *Err. Pragm.* 10. *et not. supra Lib.* 6. *Cap.* 20. *N.* 1.

(3) Ita contra Bart. et DD. vulgo Duar. *h. t. n* 27. *et seq.* tum quia nec æquum est cogi aliquem rem suam duplo justi pretii vendere, tum quod plurimum differat id quod interest *d. L. un.* ab eo de quo in litem juratur *L.* 64. *de judic.* Ac confirmat Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. *vers. verum enimvero etc.* Diss. Jo. Bapt. Plot. *h. Tr.* §. 49. *n.* 25.

§. 1. *D. sol. matrim. L. si cum dos.* §. *ult. D. rer. amot.* Ulpianus contra, ut probet posse judicem modum huic jurijurando statuere, utitur hoc argumento, quod judex possit a principio nec jusjurandum deferre; quod et dicitur in (4) *L.* 5. seq. *D. h. tit.* Quod si verum est, recte colligit; nam qui potest non deferre in totum, multo magis potest pro parte non deferre. Pro parte autem tantum jusjurandum in litem non defertur, cum taxatio jurijurando adjicitur. *Sed et arbitrio bonæ fidei judicis*, inquit, *hoc congruit.* Neque obstat quod idem Ulpianus in *d. L. qui restituere* definit; non enim illic dicit reum damnandum sine ulla taxatione, sed reum damnandum *quantum adversarius sine ulla taxatione juraverit*; ut hæc verba (5) *sine ulla taxatione* non ad judicem damnantem, sed ad adversarium jurantem referantur. Sic enim res habet ut, cum juravit actor sine ulla taxatione, id est nulla taxatione a judice præfinita, judex hoc ipsum sequi et tanti reum damnare debeat, *d. L. qui restituere*, aliter atque si taxationem in deferendo adjecerit, *d. L.* 4. §. *jurare* Sed enim, ajunt, ex hoc ipso loco colligitur posse judicem non sequi jusjurandum, cui nullam antea taxationem adjecerit. Dicitur enim in hoc §. *jurare* generaliter posse eum taxationem adjicere, nec distinguitur quo tempore; ergo et postquam juratum est, taxationi judicis locus erit, *arg. L. de pretio. D. de public. cum similib.* quod et vulgo (6) interpretes admiserunt. Sed repugnant Ulpiani verba et sententia in *d.* §. *jurare* et §. seq. ait enim judicem qui jusjurandum detulit, non posse non sequi id *nisi ex magna causa, et postea repertis probationibus;* loquiturque non obscure de eo qui aut nulla taxatione præfinita juravit, aut præfinita quidem, sed constitit intra taxationem; ut, si jusjurandum minuendum sit postea, non possit minui ob præcedentem taxationem adjectam. Hoc autem ait, judicem minuere aut rejicere non posse, et solum magnam caussam ac repertas postea probationes excipit. Nec moveri debemus quod generaliter de taxatione judicis loquatur; nam neque verbum taxationis generale est, ut ad posterius quoque hoc tempus pertineat; et si pertineret, non est tamen hæc mens Ulpiani ut ad id referri debeat. Taxare non est minuere id quod factum est, sed (7) modum statuere rei futuræ; et ut Festus significat *Lib.* 17, taxatio est cum

(4) *L.* 3. §. 2. *ad exhib.* Menoch. *Arb. Ca.* 207. *n.* 29. Borch. *h. t. C. ult. n.* 2. et DD. communiter. Diss. Ant. Fab. et ex parte Coras. ac Vital. *ut N. seq.*

(5) Aliter DD. vulgo respond. sine taxatione ulla scilicet quæ fiat a lege, non autem sine ea, quæ judicis arbitrio commissa, et Pac. 3. *Enant. Q.* 88. Bronch. 1. *Misc.* 61. Borch. *h. t. C. ult. n.* 1. Quam distinctionem reprobat Vital. 1. *Var. Lect.* 21. putans taxationi huic judicis locum esse, non in omni jurejurando in litem, sed ubi restituere jussus dolo possidere desiit, ut *d. L.* 68. quem gravius coerceri putat ob dolum post condemnationem commissum ne judicato pareret, quam si ante commisisset. Et ita *d. L.* 4. §. 2. *L.* 5. §. 1. *h. t.* de dolo diverso tempore admisso accipit. Sed male, et si eodem collimet Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. Nam et *dd. LL.* indefinite loquuntur, et ex *L.* 5. *et* 2. *h. t.* apparet hoc titulo præcipue de jurejurando ob contumaciam non restituentis cum posset, tractari. Audentius A. Fab. 16. *Conject.* 17. *et* 18. *Err. Prag.* 10. qui *d. L.* 4. §. 2. *a verb. sed an judex et* §. *seq.* 3. itemque *d. L.* 5. §. 1. *et* 2. pro Triboniani ineptis additamentis venditat, nullam taxationem judicis agnoscens, cum nec citra eam immensum jura permittant jurare, aut rem valoris 50. mille ex. gr. æstimare: taxationem hanc ignotam mediæ jurisprudentiæ primum a Zenone inductam. *L.* 9. *C. unde vi* in jurisjurandi ea specie, cujus longe alia ratio sit. Plura id genus profert quæ profligare non nimiæ operæ foret, si pretium operæ videretur. Quem vero cordatiorem turbabit hæc Fabri argutatio? Si judicis arbitrii est, ait, taxare quantitatem, non dici potest quonam casu de perjurio quæri possit; si quidem facta taxatione, non potest videri pejerasse, si ad permissam usque quantitatem: non facta, imputari potius judici posset cur non taxaverit. Quis item eo moveatur, quod bonæ fidei judex *d.* §. 2. non concinne dicatur? Immo dicitur ita, ut bonæ fidei debitor a Symmacho 3. *Epist.* 42. et ut Augustus bonæ fidei se esse dixit, Sveton. *in Aug. C.* 42. Quo non tam ad judicia bonæ fidei, eum non in his solis ita juretur, quam ad officium judicis, cujus est nimiam iniquitatem non admittere, respicitur.

(6) DD. vulgo et Borch. *h. t. C. ult. n.* 3. Menoch. *Arb. C.* 207. *n.* 36. cum quibus sentire videtur Robert. 1. *Animadvers.* 20. *sub fin.* Tametsi aliud statuant in juramento veritatis, quia, ajunt, ai ibi taxatio sequi posset, perjurium jurantis detegeretur; quod non accidit in affectionis juramento, ubi taxatio sequi posset, perjurium jurantis detegeretur, quod non accidit in affectionis juramento, ubi taxatio non pejerasse arguit, sed immodicam eum affectionem habuisse. Menoch. *Arb. C.* 208. *n.* 5. Borch. *d. C. ult. n.* 4. vid. Coras. *ad L.* 5. *h. t. n.* 20. Sed recte Donellus.

(7) Vid. Cujac. 2. *Obs.* 12. qui ostendit ita in contractibus et testamentis *taxationes* dici præscriptiones verborum, quibus oratio coercetur aut dilatatur.

quid alicui faciendum permittitur, sed certo præstituto modo ad quem usque illi in eo progredi liceat. Ait enim taxationem dictam, cum arbitro præscribebatur quod jus ei esset statuendi. Atque hanc vim et significationem esse taxationis quæ jurijurando in litem adjicitur, aperte declaratur in *L. si quando, C. unde vi*; ubi de hac taxatione ita scribitur ut taxio præcedat, jusjurandum in litem sequatur ita, ut actori non liceat ultra taxationem a judice ante factam jurare. Apertius Justinianus hoc de voce taxationis confirmat, *Novel. de judic. §. oportet.* Scribit enim in hanc sententiam, si judex victori jusjurandum de expensis deferat, ad quantitatem scilicet quæ moderata illi videtur, quam leges taxationem vocant, et quæ sequuntur. Interdum tamen taxatio (8) æstimationem significat, ut *L. cum propria,* in fi. *C. si quis alt. vel. sibi*, juncta *L. non ignoret, C. de fruct. et lit. exp.* et in *L. 4. C. de act. empt.* quæ significatio huc non pertinet. Hæc de verbis: de Ulpiani mente dubitari etiam non potest. Ait enim *ut intra certum quantitatem juretur;* ut juretur, inquam, nempe postea, non autem ut ante juratum minuatur; et continenter *ne arrepta occasione in immensum juretur.* Non metuimus ne in immensum juretur postquam juratum est; sed ante quam juretur, ubi res adhuc est integra, et adversus hunc metum vult superiorem modum adjici; proinde rebus adhuc integris, et ad frenandum futurum jusjurandum.

VI. Sed non tum hæc sententia constituta est; pendet enim Ulpianus ex hac ratione quod possit judex ab initio jusjurandum nec deferre, ut et Marciano in *L. 5. seq.* at hæc ratio falsa videtur. Primum traditur multis locis constanter, cum res petita non restituitur; si quidem culpa rei, damnandum eum quanti res est; sin dolo, debere æstimari et reum damnari non quanti res est, sed quanti adversarius in litem juraverit *L. qui restituere, D. de rei vind. L. non a judice, de judic. L. tutor, D. h. tit. L. filiofamilias, §. 1. sol. matr. L. si cum dos, §. ult. rer. amot.* Quibus verbis significatur rem non voluntati judicis permissam, sed subjectam juris necessitati, ut quanvis ista nolit, tamen jure pro officio facere cogatur, *arg. §. curare. Inst. de off. jud.* Idem probant rationes superioribus locis adjectæ: ideo reus damnandus est quanti in litem actor juraverit, quia non est æquum pretio, idest quanti res est litem æstimari, vel invitum quem cogi suo pretio res suas vendere. *L. tutor, D. h. tit. L. si cum dos §. ult.* et *L. non enim seq. D. rer. am.* At extra hoc jusjurandum nulla est æstimatio, nisi quanti res est seu quanti actoris interest, *L. non a judice. D. de judic.* Non licet ergo judici hoc jusjurandum non deferre adversus contumacem; *et contumaciæ puniendæ est,* inquit Marcellus, *et rei pretium arbitrio potius domini statuendum,* d. *L. tutor,* additque ibidem nominatim, id faciendum esse *potestate petitori in litem juranti concessa:* igitur hoc dicit, debere judicem hoc jusjurandum actori deferre. Quid ergo est quod ab Ulpiano et Marciano dicitur, posse judicem hoc jusjurandum nec deferre? Utrumque recte dicitur, sed suis conditionibus. Non est in potestate judicis hoc jusjurandum non deferre, si de facto quod superioris condemnationis caussa est, idest de dolo et contumacia possessoris (9) constet; ut nec illud est in potestate judicis, contumaciam non restituentis non punire, aut in hac contumacia pretium rei arbitrio domini non statuere. Utrumque enim iniquum et contra jus, *d. L. tutor, d. L. non enim.* Non licet autem judici contra quam jus et æquum est judicare, *Inst. de off. jud.* in pr. et maxime in his judiciis in quibus juratur in litem,

(8) Unde taxatores, taxatio expensarum etc. Alio item sensu Sidon. *Lib. 7. Epist.* 9. Si urbium status non tam murorum ambitu quam civium claritate taxandus est.

(9) Recte Convenit Duar. *h. t n.* 9. et Coras. *ad L. in act.* 5. *hoc tit. n.* 21. Non hoc itaque liberæ et absolutæ potestatis judicis, tanquam a sententia denegante hanc delationem appellari nequeat, ut voluit Castrensis. Sed si pro negotii natura æquum, necessitate adstringitur judex, *L. 68 de R. V. L.* 3. *h. tit.* arg. a contrario ex verbis *non oportet.* Nam quæ judicis arbitrio concessa, non in meram ejus voluntatem. (uti cum L. dicit posse judicem, *L. 40. de jud.*) sed quasi bono viro commissa intelliguntur, arg. *L. 75. de L.* 1. *et simil.* Quare si contra vere contumacem non deferat judex, appellare licebit, Duar et Coras. *dd. loc.* Sicuti et contra a delatione ejusdem adversarius recte appellat. Coras. *ad d. L.* 5. *n.* 30. Nec deferendum hoc nisi petenti, nec præstandum nisi parte adversa citata, Blot. *h. Tr.* §. 50. *n.* 7. *et* 8. Rauchb. *P.* 1. *Q.* 9. *n.* 45. Nihil itaque caussæ cur quod de hoc arbitrio habetur *d. L.* 4. §. 2. *et L.* 5. §. 1. Triboniano tribuat et tantopere in eum invehat A. Fab. 16. *Conject.* 17. Neque pro eo facit *L. ult. h. t.* quam recte Donellus exponit *ut C. seq. N.* 3. Aliter Vital. 1. *Var. Lect.* 21. distinguit inter jusjurandum in litem illud, de quo in *L.* 68. *de R. V.* et aliud.

idest in bonæ fidei et arbitrariis actionibus, ut supra dictum. In his enim potestatem quidem liberam judicandi habet, ut tamen id facere jubeatur ex æquo et bono, §. *in bonæ* §. *præterea, Inst. de action.* Quod si de facto et contumacia ambigitur aut de ea non satis liqueat, ibi valet quod dicitur posse judicem non deferre jusjurandum, ut de facti quæstione ipse statuat: quippe facti quæstio in potestate judicantis est, juris autem quæstio legis auctoritati reservatur, ut Papinianus eleganter scripsit in *L.* 1. §. 1. in fin. *D. ad Turp. L. ordine,* in prin. *D. ad munic.* sic in *L.* 2. §. *si quis judicio; D. si quis caut.* ei qui tempestate vel vi fluminis prohibitus se sistere non potuit, exceptionem dandam esse traditur. Hoc tamen ibidem paulo post in §. *si quis tamen,* ita temperatur, ut dicatur esse statuendum, non ut quæratur de jure, si constet eum sine culpa sua incidisse in tempestatem, sed ut statuatur de facto num cum posset non incidere in tempestatem, ipse se artaverit. Licet igitur judici non deferre jusjurandum in quæstione facti, dum quæritur an contumacia intervenerit: item licet ei, contumacia ipsa comperta et dolo, æstimare quanta sit contumacia et quantus dolus, et ex eo quod de qualitate facti cognoverit jurisjurandi quantitatem moderari; neque enim in hac contumacia omnes eodem modo peccant, sed alii aliis gravius: sed et ex sermonibus petitoris animadvertere potest judex quo sit affectu actor in hac æstimatione, et utrum animo suum consequendi, an vero nocendi et ulciscendi aliqua cupiditate ducatur. Quare erit et hoc judicis id ipsum æstimare, et non committere ut in hoc fervore omnia libidini actoris permittantur. Hoc vero est quod recte in *d. L.* 4. §. *jurare,* Ulpianus dicit arbitrio judicis bonæ fidei congruere: addidit *bonæ fidei*, non ideo tantum quia forte de judicio bonæ fidei quæstionem instituerat, sed quia maxime in judiciis bonæ fidei libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi quantum actori restitui debeat, §. *in bonæ, Instit. de act.* Sed non minus et in rem et ad exhibendum, quæ judicia arbitraria sunt, hæc potestas aut huic proxima judici tribuitur in §. *præterea, eod. tit.*

VII. Altera exceptio illa est qua Ulpianus in *d. L.* 4. §. *item videndum* statuit; etsi judex nullam taxationem jurijurando adjecerit, aut taxatione adjecta, intra eum modum juratum sit; posse tamen judicem delatum a se jusjurandum non sequi *ex* (10) *magna caussa* et *postea repertis probationibus.* Magnam caussam accipimus, siquid emergat postea quo aperte rejiciatur jusjurandum: repertas autem postea probationes eas quibus id ipsum recte probetur. Magna et justa hæc caussa est, si doceatur aut possessorem non desiisse dolo possidere ut videbatur, aut petitorem non esse dominum fundi ut se esse intendebat. Horum enim utrumque jusjurandum excludit; et si adversus ea juratum sit, jusjurandum fit injustum: nam neque juratur in litem adversus eum qui ex culpa possidere desiit, ut est in *d. L.* 4. §. *ex culpa,* et supra docui: neque ei qui dominus non est, aut cujus de jure non agitur, jusjurandum hoc defertur, *L. tutor, D. h. t.* Quoniam autem fieri potest ut possessor in totum per contumaciam rem petitam non restituat, interdum tantum pro parte; itemque ut petitor rei petitæ in totum dominus non sit, interdum non sit dunta xat pro parte: hinc eveniet quod Ulpianus significat, ut prout de his postea constiterit, ita judex jusjurandum aut in totum, aut pro parte non sequatur; quod ita fiet, ut ille scribit, (11) ut illic quidem judex reum

(10) Hic quoque Tribonianus ab A. Fab. *d. C.* 17. clamitante illius esse *d.* §. 3. vapulat indigne. Quæ enim aut cujus ponderis Fabri ratio: jusjurandum transactionis vim habet, etsi a parte deferatur; magis itaque si a judice: ergo ut transactionis retractatio non concessa repertis novis probationibus, ita nec jurisjurandi hujus. Erronee. Immo non habet vim transactionis hoc jusjurandum cum non ex conventione proficiscatur nec consensum litigantium habeat.

(11) Recte. Sed regerit A. Fab. *d. C.* 17. diversam esse rationem. Illic jusjurandum fieri condemnationem, jurari ob executionem ad taxationem condemnationis. Putat enim Faber ita concipi sententiam, ut tanti condemnetur reus quanti actor in litem juraverit; nec præcedere jusjurandum condemnationem, sed eamdem sequi per *L.* 4. *C. de act. empt.* Quomodo igitur, inquit, qui antea condemnatus absolvetur deinde, aut minoris condemnabitur? Resp. Falsum vero istud nec *d. L.* 4. nec aliunde probatur, ac juris rationi repugnat quæ certam quantitatem in sententia exigit. Sequi potest jussum de re restituenda, si ei non pareat reus. Sed is nec ex sententia Fabri toties ab eo prodita, sententia est. Quid vero æquius hoc jure, veritate melius perspecta, reum absolvi in totum, vel ex parte? Num non justius eum quem postea apparet nihil omnino debere, potius dimittere quam adstringere ad præstandum quod non debet? Neque enim dolus ejus argui potest quem nihil debuisse, et ideo jussui de restituendo non paruisse apparet.

prorsus absolvat, hic autem minoris condemnet. Congruit hæc sententia cum iis constitutionibus quibus cautum est jusjurandum a solo judice delatum, etiam sententia sequuta, repertis postea novis instrumentis, retractari posse. *L. admonendi, D. de jurejur.* Confirmatur maxime in *Novel. de judic.* §. *oportet.* Ubi ita cautum est: *si judex victori jusjurandum de expensis deferat ad quantitatem, quæ moderata illi esse videtur, quam leges taxationem vocant, ac victor juret: ne judici liceat in minorem summam, quam juratum est condemnare, atque humanior videri velit quam lex quæ ista constituit.* Aperte jurijurando in litem in quo nihil flat adversus delationem judicis, stari vult constitutio; idque ex legibus veteribus jus esse testatur. Nec ad rem pertinet quod loquitur de eo jurejurando cui judex taxationem adjecit. Nam ut de eo jurejurando illic agitur, ita etiam proponitur actor intra eam taxationem jurasse. Par igitur idem et de eo existimari cui nulla taxatio adjecta est, ad quemcumque modum postea actor juraverit; quia et hic pariter nihil fit adversus delationem et eam potestatem jurandi quam judex concessit; non enim periculum est ne ibi juretur adversus taxationem, ubi nulla fuit adjecta taxatio.

VIII. Illud in superioribus verbis contrarium videri potest quod Justinianus præcise jubet, ne judex in minorem summam quam juratum est condemnet, nec ullam exceptionem adjicit; quasi velit nec ex magna aliqua caussa ejusmodi qualem diximus, jusjurandum rejici posse. Sed non eo minus constitutio eum exceptione hujus loci accipienda est; sive quod priores leges ad posteriores trahuntur, et contra. *L. non est novum. L. ideo. L. sed et posteriores. D. de legib.* sive quod in toto jure generi per speciem derogatur. Quid? quod ex verbis ipsis constitutionis hæc exceptio facile colligitur; vetat enim ne judex humanior videri velit quam lex. Non ergo prohibetur quominus æque saltem sit humanus atque lex. Imo vero hoc præcipue est officium judicum, humanitatem et æquitatem legum sequi, *L. quidam, D. si cert. pet. L. 4. §. ult. D. de eo quod cer. loc.* At constat ex *d. §. jurare*, et *§. item videndum, L. 4. h. tit.* jus ita esse ut liceat jurijurando taxationem adjicere, et ab eo quod delatum sit, ex caussa recedi posse. Quapropter et verbis Justiniani idem judici permitti intelligendum est.

IX. Ad vim quoque hujus jurisjurandi (licet non omnis, sed ejus quo res quanti est æstimatur, ut postea dicetur) pertinet definitio illa Pauli in *L. ult. D.* h. tit. *De perjurio ejus qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere.* Quod ait *non facile*, id est non sine justa et evidenti caussa, *arg. L. et si, D. de reg. jur. L. pen. D. de in int. rest.* ex quo contra intelligimus quæri, id est agi de perjurio posse ex magna et justa caussa. Et si quidem agatur criminaliter, perspicuum est nullam admodum agenti idoneam caussam esse de eo quærendi; quia ut perjurium puniatur, in quo est solum vindicta publica, privati nihil interest, *L. prætor 7. §. 1. D. de injur.* Quo fit ut putem de perjurio ejus qui in litem juravit, criminaliter et extra ordinem quæri nec posse nec solere; confirmaturque id generali illa sententia *L. 2. C. de reb. cred.* jurisjurandi contemptam religionem satis Deum ultorem habere: de qua satis dixi in titulo de jurejurando *supra lib. 24.* At caussa esse potest, si reus de damno privato laboret, quod amplius justa æstimatione solvit vel solvere recusans quod amplius exigitur. Proinde hoc casu potest jusjurandum retractari, nempe civiliter agendo et de re privata et familiari. Et hoc quidem ita potest, dum sic agatur ut perjurium (12) probetur instrumentis postea repertis, non etiam testibus; plane ut jusjurandum illud quod in dubiis caussis a judice deferri solet, et necessarium vulgo nominatur, de quo est *L. admonendi, D. de jurejur.* idque a me illo titulo satis explicatum est: unde quod ad hanc rem pertinet, in hoc in litem jurejurando illustrando peti velim; est enim hoc illi perquam simile. Nam utrumque pariter a judice defertur et utrumque judex sententia sua confirmat, dum secundum eum judicat qui juravit. De instituenda hac retractatione, hic quæritur qua actione reus repetat quod amplius vera æstimatione ex perjurio adversarii condemnatus dederit. Nam, cum ex caussa judicati solverit, condicere ut indebitum non potest. *L. 1. C. de cond. indeb.* Et cessantibus aliis actionibus, erit actio de dolo. *L. servus, §. ult. arg. in L. si quid deferente, D. de dol.* Quod si reus condemnatus nondum solvit id in quo pejeratum est, certi juris est cui re jam soluta damus actionem ad solutum repetendum, ei pecunia nondum soluta multo magis adversus petentem competere exceptionem, *L. invitus. §. 1. D. de*

(12) De probatione contraria contra jusjurandum in litem, vid. Jo. Bapt. Plot. *h. Tr. §. 48. n. 22. et seqq.* Vinc. Caroc. *Decis.* 12.

*regul. jur.* Ita igitur jusjurandum in litem ex perjurio interdum retractari potest. Sed apparet fere ex superioribus id de solo jurejurando in litem vere dici, quod ad veritatem æstimandam, idest quanti res est, interponitur; non etiam in illo in litem jurejurando locum habere quo actor ultra rei pretium suo arbitrio atque ex affectu rem æstimat, jure concedente: non potest enim hic dici pejerasse, quantumvis verum pretium excedat, atque adeo juret in immensum; quod secus est in illo altero quo res duntaxat quanti est æstimari permittitur. Quod etsi per se ipsum intelligitur, tamen id Paulus in superiori illa definitione significat, cum addidit illa verba: qui in litem juravit ex necessitate juris: juris scilicet privati, quia ad jus actoris probandum ad hoc jusjurandum decurrendum fuerit; æstimatur enim res quæ post moram debitoris perit, ut jam æstimatio ejus aliter probari facile non possit quam jurejurando actoris, ut supra suo loco exposui.

X. Illud hoc loco animadvertendum, jusjurandum ipsum in litem, quodcunque sit, si perjurium non habet, retractari non posse; sed illud solum quod de vera æstimatione est: atque id ipsum raro nec facile ut docui. Quare Paulus non de jurejurando, sed de perjurio dixit non facile quæri solere. Huc pertinet etiam illud quod Jabolenus definit in *L. cum furti* 9. *D. h. tit.* ita hic oportere jurari ut satis sit actorem dicere certam summam quanti rem fuisse jurat, non autem habere necesse adjicere *plurisve; quia* inquit, *quæ res pluris est utique tanti est*: significat his verbis non esse metuendum in proposito ne is qui juravit rem valere viginti videatur pejerare, si res pluris valeat puta viginti quinque; quia si valet viginti quinque, utique verum est eam et valere viginti: inest enim semper minor summa in majore, *L.* 1. §. *si stipulanti, D. de verb. oblig.*

## CAP. XII.

### De necessitate jurisjurandi in litem suscipiendi.

*Necessitas jurandi potest esse aut ex jure publico, aut privato.* I.

Ex jure publico *nullam esse in litem jurandi necessitatem ostenditur.* II.

Ex jure privato *secus; et qualis ista necessitas.* III.

*Locus Pauli in* L. ult. D. de in lit. jur. *a nonnullis aliter explicatur, et eorum interpretatio revincitur.* IV.

I. Hæc necessitas duplex intelligi potest; publici juris et privati. Aut enim necesse habet actor in litem jurare, quia jus cogit eum suscipere jusjurandum ut, quamvis alioqui æstimatione vera contentus sit et de ea probare malit testibus aut instrumentis quam jurare, tamen non audiatur sed omnino jurare debeat vel caussam amittere. Aut dicitur necesse habere habita ratione juris sui privati, quia scilicet liceat quidem ei non jurare et nihilominus vincere, si modo probet de æstimatione: sed quoniam facile probare non potest æstimationem rei non extantis, et tamen ad vincendum aut probare aut jurare debet, ideo privata utilitate eo adducatur ut cogatur jurare; alioqui res ei perierit.

II. Hoc intellecto, nego ullam esse necessitatem priorem, juris scilicet publici in jurando in litem; nego eum cui jusjurandum in litem a judice defertur, cogi jure id suscipere; sed huic liberum esse ita id recusare ut, si de æstimatione probare velit, nihilominus audiri et re probata vincere debeat, quodcunque tandem id erit jusjurandum in litem. Quod et Bartolus recte sensit et scripsit in (1) *L. ult. D. hoc tit.* Omne enim jusjurandum in litem, tam quod est de affectione jurantis quam quod est de vera æstimatione, comparatum est actoris caussa: posterius quidem ad eum probatione sublevandum; prius autem etiam ad eum augendum, ut pro suo arbitratu pretium rei sone dicat quod velit. Utrumque ita adversus reum ut sit etiam adversus invitum, cui post jusjurandum nihil relinquitur nisi ut condemnetur. Delatum igitur actor impune recusabit, cum liceat unicuique juri pro se introducto renunciare. *L. pen. C. de pact. L. si judex, D. de minor.* Non idem servatur in jurejurando quod jusjurandum hoc favore partis inductum et odio dolosi, cui renunciari potest.

(1) Quod et probatur *L. quod si possessor.* 71. *de R. V.* Borch. *h. Tr. C.* 3. *n.* 27. Jo. Bapt. Asin. *Tr. de Exsec.* §. 3. *C.* 1. *n.* 16. quia

non est in litem, sed ab adversario defertur; quod nisi referlur, sine justa caussa recusare non licet, *L. jusjurandum* et ad §. *ait* et §. *datur*, *L. manifestæ*, *D. de jurejur.* Sed hoc contraria de caussa, quia et deferentis caussa defertur, ejusque interest id suscipi, ut citius et sine molestia atque omni sumptu a lite discedatur. At etiam jusjurandum illud necessarium jurijurando in litem non dissimile, quod pariter defertur a judice, et invito adversario; illud, inquam, quod à judice defertur in dubiis caussis recusari non posse. antea suo loco diximus, idque expressum est in *C. ult. Ext. de jurejur.* Sed et hoc a jurejurando in litem in eo de quo nunc agitur, diversum est; defertur enim maxime judicis et adversarii alterius caussa. In dubiis enim caussis, id est ancipitibus et in quibus pares sunt utrinque probationes, interest judicis habere quid sequatur; quod nisi jurejurando alterutri parti delato facile explicare non potest. Interest igitur ejus, jusjurandum ab eo delatum non recusari; aut certe ex recusatione confessionis conjecturam capi oportet. Interest et adversarii, ne quid videlicet temere in caussa dubia adversus eum a judice sine jurejurando statuatur. In jurejurando in litem contra nihil interest judicis ab actore jurari; quia sive actor aliter probat, semper judici certum ex jure quid hic sequi debeat; nam illo probante, secundum eum judicat, *L. negantes*, *C. de obl. et act.* non probante reum absolvit *L. qui accusare*, *C. de eden.* Adversarii interest multo minus, cum potius interest ejus non jurari si actor nihil probet, quia tum reus absolvatur; actore autem non probante, reus metuere non possit ne quid temere judex hic statuat: cum tum maxime æquum sit reum condemnari, eum non jurejurando sed justis probationibus convictus est, *d. L. negantes.* Et ideo quod in *L.* 4. §. *D. h. tit.* scriptum est adolescentem *si velit* jurare in litem posse, sic accipiendum est ut ad omnes actores quibus idem delatum est pertineat, intelligaturque illam conditionem *si velit* esse conditionem propriam (2) jurisjurandi, non adolescentis.

**III.** Restat ergo ut quod Paulus scribit in *d. L. ult. D.* h. tit. *ex necessitate juris* jurari necessitatem alteram interpretemur; nempe privati juris necessitatem ut, nisi actor juret, æstimationem una cum re amittat, non quia de æstimatione probare volens jure non audiatur, sed quia natura hic sit rei status ut æstimationem facile probare non possit: quæ (3) necessitas, ut supra cap. proximo demonstratum est, ad posterius duntaxat genus jurisjurandi quod de vera æstimatione est, pertinet.

**IV.** Scio esse qui illa verba *Ejus qui ex necessitate in litem juravit* in definitione Pauli aliter interpretentur, id est non pro specie una eorum qui jurant in litem, sed pro ratione definitionis subjectæ accipienda putent; ut sit sensus ideo non facile quæri de perjurio ejus qui in litem juravit, quia ex necessitate juris juravit; sentientes necessitati quam quis sibi non imposuerit esse subveniendum, ut et subveniendum est, *L. si fidejussor*, §. *D. qui satisd. cog. L.* 2. §. *si quis tamen*, *D. si quis caut.* Idque dictum esse volunt ad discrimen ejus qui deferente adversario jurans peieravit, cujus quia in potestate fuit jusjurandum non suscipere referendo, ideo de ejus perjurio sentiunt facilius quæri posse, non quidem civiliter; nam hoc modo retractari non potest, *L. admonendi*, *D. de jurejur.* sed criminaliter et extra ordinem, ut puniatur; hanc enim coercitionem in eo admittunt, eamque perjurii pœnam esse interpretantur, cujus fit mentio in *L. nam sufficit*, *D. de dol.* Quæ interpretatio hoc convenit cum illa nostra superiore, quod admittit retractationem solum perjurii, idque solum in jurejurando ejus qui de vera æstimatione jurare debuit, nunquam autem in eo qui arbitrio suo rem æstimavit; quia in illo tantum priore perjurium est. Hoc discrepat, quod in eo qui delato de vera æstimatione jurejurando peieravit, retractationem civilem nullam agnoscit, extraordinariam admittit et, si non facile, aut etiam utramque tollit, contra quam supra jus esse diximus. Sed procul amolienda hæc interpretatio est. Nam primum nulla ejusmodi necessitas est suscipiendi in litem jurisjurandi, qualem isti intelligi volunt, ut supra

(2) Consent. Borch. *d. C.* 3. *n.* 27. Objic. At frustra *d. L.* 4. *pr.* de tutoribus ac curatoribus specialiter cavetur eos jurare non teneri, si nec quisquam alius cogitur. Resp. in illis ratio dubitandi specialis, cum si recusent jurare, tutelæ vel curæ judicio de damno quod inde passus pupillus vel adolescens pulsari possint, Borch. *d. C.* 3. *n.* 29.

(3) Recte: Etsi A. Fab. 16. *Conject.* 17. *p.* 355. ita exponat quod res hæc non potestati et arbitrio judicis, sed juris necessitati subjecta sit. Quod fefellitur *C. præced. N.* 9. Confer Plotus *h. Tr.* §. 52. *n.* 3. ubi post Bartolum, et alios dici hoc posse necessarium non vere, sed caussative scribit.

hoc capite demonstravi. Deinde, si quæ esset, nunquam tamen eam necessitatem pro ratione propositæ a Paulo definitionis admittere deberemus. Paulus ait non facile quæri solere de perjurio ejus qui in litem juravit. Inepta plane ratio est, si dicat eo fieri quia ex necessitate juris juravit. Dici enim potest excusandum esse actorem quod juravit in litem, quia ex necessitate juris juravit. At profecto eadem necessitatis ratione dici non potest excusandum esse ejus perjurium, quoniam nulla necessitate juris pejeravit. Jusjurandum enim ab eo exigebatur non perjurium. Quinimo in jurejurando exigendo hoc ipsum exactum est ut pejeraret. Religio enim et fides ab eo exigebatur. Quamobrem si pejeravit, fecit volens, non coactus; nec tantum volens, sed etiam improbe. Ut proinde non magis excusatione dignus sit in perjurio qui in litem juravit, quam alius quivis qui deferente adversario pejeravit.

## CAP. XIII.

Quo referatur quæstio; De eo qnod interest; et quid in ea tota quæstione agatur.

## CAP. XIV.

Quid valeat hoc verbum: quod interest.

## CAP. XV.

Id quod interest, esse unius generis, non ut vulgo traditum est, triplex.

## CAP. XVI.

Quæ sint de eo quod interest veterum et rei propriæ dubitationes, et de lege Justiniani.

## CAP. XVII.

Explicatur ea pars legis quæ est de modo et taxatione ejus quod interest. Qui sint casus certi.

## CAP. XVIII.

Qui sint casus incerti.

## CAP. XIX.

Subdifficilis quæstio de venditione, locatione, et similibus; sitne in his casus certus an incertus.

## CAP. XX.

Dupli rationem in hac constitutione quam inire debemus.

C A P. XXI.

Quæ ratio Justiniano hujus discriminis casuum introducendi.

C A P. XXII.

Ut damni, sic lucri habendam rationem in eo quod interest.

C A P. XXIII.

Quod sit in constitutione damnum quod revera induci dicitur : quæ utilitas quæ circa rem consistat, quæ non consistat ; et quid ex his præstandum.

C A P. XXIV.

Sitne aliquis modus pœnarum conventionalium, et quis sit.

*Vide laudatam Epistolam.*

# HUGONIS DONELLI

JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS SEPTIMUS

*Vide Epistolam ad lectorem sæpius laudatam.*

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

## LIBER VICESIMUS OCTAVUS

### CAP. I.

De confessis. Et ad hunc Tit. Digestor.

*Vide Epistolam supra laudatam.*

### CAP. II.

Quæ sint remedia adversos eum, qui secus quam oportere diximus judicavit.

*Rerum nexus, et transitio ad pœnam judicis improbi aut imperiti.* I.
*Sententia lata adversus leges ipso jure nulla.* II.
*Injusta sententia appellationis remedio rescinditur.* III.
*Prodita actio adversus eum qui male judicavit etsi per imperitiam, aut cum assessoribus imperitis, et quæ posterioris partis exceptio.* IV.
*Contrariis occurritur, et* L. filiusfamilias, 15. D. de judic. *explicatur.* V.
*Facit et ille litem suam qui in judicando aliquid dolo malo prætermisit.* VI.

I. Quæ judex in judicando observare debeat, quæve sit justa sententia et ejus sententiæ quanta sit vis quique affectus, satis, opinor, duobus proxime præcedentibus libris demonstratum est. Sed frustra quid in sententia jus exigat docuerimus, si judice aliter judicante, erit impune. Videamus ergo, si imperitus aut improbus judex contra judicabit, quæ sit pœna.

II. Et si aperte ac nominatim contra leges et constitutiones sententiam dixit, nempe id exprimens fieri debere. quod leges vetant; veluti reum damnare se, quanvis actor nihil probaverit; eum de fructibus absolvere se, quanvis de re condemnaverit; aut eum damnare se in usuras usurarum, quæ omnia aperte sunt contra leges: hanc, inquam, si sententiam dixit, sententia nullius momenti est ipso jure, ita ut nec appellatione sit opus. *L.* 1. §. *item cum contra, D. de quæ sent. sine app. resc.* de quo scripsi plura ad *L. præses, D. de re jud.*

III. Sin aperte nihil dicit contra leges, tametsi forte judicat perperam et alterutri parti injuriam facit, valeat tamen sententia ipso jore nihilominus, *d. L. præses.* Sed in eo hæc sunt remedia. Sententia, si injusta est, potest appellatione retractari. Quod, ut possit constare an injusta sit nec ne, omnibus proditum est remedium appellationis, *L.* 1. *D. de appell.* Hoc prætermisso, sententiæ standum est, *L. cum pro-*

*latis, D. de re jud.* Sed et tum victo alio modo succursum est.

IV. Actio enim prodita est et adversus judicem qui litem suam facit, id est qui male judicavit; ut quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit, in tantam pecuniam damnetur (1) *L. ult. D. de extra. cognit. tit. de obligat quæ ex quas. del. nasc.* in princ. *L.* 4. §. *si judex, D. de obl. et act.* In quo non doli tantum nomine, sed etiam culpæ et imperitiæ teneri cum certum est, *d. L. ult. de extr. cog.* Quorum tamen posterius quidem in judice privato tantum recipiendum putant: ordinarium qui assessores habeat, venia dignum esse, si secutus sit judicium assessorum; moti exemplo magistratus qui jus novum statuit de assessorum sententia. Nam hunc Paulus edicto prætoris de iis qui jus novum statuerunt non teneri ait, sed assessores, *L.* 2. *D. quod quisq. jur.* Mihi exemplum congruere non videtur. Ideo enim ait ille non teneri magistratum quem modo dixi, quia eo edicto dolus jus dicentis puniatur; constat autem nihil dolo facere eum qui de sententia assessorum quid judicat. Fingamus igitur propositam fuisse actionem eo edicto in omnes qui quid novi juris statuissent, vel Paulus ipse significat futurum fuisse ut teneretur qui de sententia assessorum id fecisset. Quapropter cum constituta sit actio adversus judicem qui male judicavit, etiam si judicarit per imperitiam; non debet ab hac pœna immunis esse qui cum assessoribus imperitis et ipse imperite judicavit, nisi sicubi ita jus sit ut magistratus cogatur (2) sequi plurimorum assessorum sententias. Nullum enim delictum ejus est, qui juri publico obsequitur.

V. Sed cum constituerimus, idque ipsum aperte illi loci exprimant quos de hac actione supra indicavi, litem suam facere eum judicem, non modo qui dolo malo, sed etiam per imperitiam judicavit; quid dicemus sibi velle Ulpianum in *L. si filiusfamilias D. de jud.* qui ita definiat *judicem tunc litem suam facere* intelligi, *cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo autem malo* videri *hoc facere, si evidens arguatur ejus gratia, vel inimicitia, vel sordes?* Non dubitem his verbis, eum contrarium dicere, nisi quid sentiat sequentibus verbis declararet. Nunc autem temperamentum adjicit, in quo velit superiorem definitionem habere locum. Subjicit enim continenter hæc verba *ut veram litis æstimationem sufferre cogatur.* Ex quibus apparet hoc eum sentire quod ante dictum erat, id totum accipiendum esse hac conditione, si quidem id agatur ut cogatur judex veram æstimationem sufferre. Unde intelligemus Ulpianum velle demonstrare eo loco, non tam quis litem suam faciat quam illud, quatenus æquum sit damnari eum qui litem suam fecerit. Et dum eum demum in solidum teneri ait qui dolo malo dixit sententiam, significat non ita eum teneri æquum esse, si per imperitiam male judicarit. Quatenus igitur hic eum teneri æquum est? Nam hoc incertum relictum est illis locis quos supra citavi de hac actione. Et potest hoc æstimari ex eo quod Ulpianus in *ead. L. si filiusfamilias* in princ. scribit in hæc verba: *si filiusfamilias judex litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur quæ tunc in peculio fuit cum sententiam dicebat.* Innuit filiumfamilias judicem, quantum in bonis et quasi patrimonio tunc habuit cum judicavit, eatenus teneri; nam peculium quasi patrimonium quoddam est filiifamilias §. *actiones autem de peculio, Inst. de action.* dehinc colligi potest idem probandum esse et in patrefamilias. Constat enim filiosfamilias ex omnibus caussis non aliter teneri, quam patremfamilias, *L. filiusfamilias D. de oblig. et act. L. tam ex contractibus. D. de jud.* Itaque cum subjicit eum qui dolo malo litem suam fecit teneri in veram æstimationem, intel-

(1) Add. *tit. Cod. de pœn. jud. qui male judic. L.* 12. *Cod. de dignit. Nov.* 8. *et* 17. *Nov.* 25. *Cap.* 3. *Nov.* 124. *C.* 2. *pr. etc. L.* 12. tabb. pecuniam accepisse convictum capite puniebat Agell. 20. *Noct.* 1. vid. Marcil. in *L.* 12. *tab. collect. C.* 10. Libro legis Bojoariorum *C.* 3. *Tit.* 4. Qui corruptus nummis falso judicavit, duplum damni cogitur exsolvere, et fisco insuper 40. solidos persolvere. De pœna judicum pluribus Mathesilan. *ad d. tit. Cod.* Menoch. *Arb. Cap.* 339. *et seqq.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 37. Oldend. *Cl.* 7. *Act.* 13. *et ultim.* Jac. Omphal. *Lib.* 6. *de Usurpat. legum Cap.* 21. Bargal. *Lib.* 3. *de Dolo C.* 9. Myns. *Decad.* 9. *Resp.* 90. Pollet. 5. *Hist. fori* 9. et Broidæ. *in Supplem. Cap. seq.* Rulant. *de Commis. P.* 1. *Lib.* 6. *Cap.* 7.

(2) Quid si male ex consilio Sapientis judicavit? Litem suam non facit, Schurf. *Cent.* 1. *Cons.* 29. Quod apud nos merito obtinet, licet Scala *Lib.* 4. *de Cons. Sap. C.* 26. distinguat an ultro id requisiverit, ubi contra sentit, an ad partium voluntatem. Quando autem ipse consultor litem suam faciat, vid. idem *Lib.* 4. *Cap.* 23.

ligere debemus non patremfamilias a filiofamilias distingui, quasi in posteriore parte agat de patrefamilias tantum, quia in priore dixerat de filiofamilias; sed (3) distingui eum qui culpa litem suam fecit, ab eo qui eam fecit suam dolo malo: quia cum in posteriore agatur de eo qui dolo malo judicavit (in quo non recte distinguitur filiusfamilias a patrefamilias) necesse sit priorem accipi de eo qui male judicavit per imperitiam; sive is erit paterfamilias sive filiusfamilias.

VI. Pertinet autem ad superiorem definitionem Ulpiani intelligi illud Papiniani ex *L. non quidquid. D. de jud.* Judex si quid adversus legis præceptum in judicando dolo malo prætermiserit, legem offendit: hoc enim dictu declaratur, non tantum eum dolo malo facere litem suam atque ita in solidum teneri, qui consulto quid statuerit secus quam jus erat; sed etiam qui dolo malo prætermiserit quod facere jure publico jubebatur. Ponone judicem non condemnasse victum victori in expensas litis. In qua specie nominatim Justinianus constituit judicem de suo quidquid damni ex ea re erit, sarcire debere, *L. properandum*, §. *sine autem*, *C. de jud.*

(3) Confer *supra Lib.* 15. *Cap.* 28. *n.* 9. Cujac. 13. *Obs.* 18. Pac. 3. *Enant. Q.* 23. Quam culpam præstent judices et magistratus, vid. Delrio *ad L. contractus*, 23. *de R. J Cap.* 18.

## CAP. III.

### Quo ritu, quibusque solemnibus observatis sententia ferenda sit.

*Transitio ad solemnia ferendæ sententiæ; et quæ sint.* I.

Primo *sententia ferri debet utroque litigatore præsente; aut etiam altero absente post trinam ejus vocationem.* II.

*Evocatur quis tribus edictis: quid illa sint: impetratur postea peremptorium: hoc quid sit.* III.

*Solemnis trium edictorum numerus interdum non servatur: et quibus in caussis.* IV.

*Quando peremptorium edictum sit vel non sit necessarium* V.

*Reus contumax, si die cognitionis adsit, auditur, et quatenus: absens et citatus damnabitur, aut erit etiam in bona caussa victor.* VI.

*Contrariis occurritur.* VII.

*Actore absente, si modo hoc reo placuerit, circumducetur edictum; quid hoc sit.* VIII.

*Alias vero idem fere hic juris servari adversus actorem quod contra reum.* IX.

Secundo. *Sententia recitanda* ex breviculo. *Improbatur communis lectio* ex periculo. X.

Tertio: *De ea lingua qua proferenda sententia quo in loco auctor. Quæstionis occasio.* XI.

Quarto: *Ferenda sententia in loco publico, et solito.* Quinto *in tempore non feriato.* XII.

I. Quoniam pertinet ad officium judicis in sententia ferenda, ut proposui supra libro 26. c. 2. non solum qualem sententiam ferat, sed etiam qaomodo; et in genere sententiæ quid illi sequendum sit dictum est: reliquum est in ritu ejus ferendæ quid jus postulet cognoscamus: tot sunt autem solemnia quæ in eo exigantur; ut feratur sententia præsentibus iis quos caussa contingit, aut his saltem legitime evocatis; ut ex scripto recitetur; ut usitata lingua; tunc ut feratur idoneo loco et tempore. Ex quibus priora tria sententiæ sunt propria; duo posteriora, locum dico et tempus ad omnem judicis cognitionem pertinet, sed maxime tamen ad sententiam. Non enim pronunciare tantum, sed etiam in alia quavis parte judicii quæ caussæ cognitionem desiderat, sedere debet et idoneo loco et idoneo tempore, sed tum præcipue cum de re pronunciat. Omnia ad vim sententiæ ejus generis, ut sine bis sententia nos non teneat. De quibus videamus.

II. Et de præsentia litigatorum jus sic habet: de unoquoque negotio, presentibus iis ad quos res pertinet, quandiu eorum facultas esse potest, judicari oportere, *L. de unoquoque D. de re jud.* Utroque (1) absente, quamvis legitime vocato, non licere, ut indi-

(1) Quin etsi cœperit judex sententiam præsentibus partibus legere, si inter legendum se absentent, eam non valere, post Bal. Jo. Ausbach. *Sing. all. Lib.* 1. *C.* 30. Præsens autem quis dicatur, vid. Tiraq *post LL. Connub. gl.* 6. *n.* 30. *et seqq.* et quando senten-

cat Titulus codicis *Quomodo, et quando judex sententiam proferre debeat præsentibus partibus, vel una parte absente:* absente altero possit judicare, sed ita si is prius legitimis edictis evocatus, ordine edictorum peracto, copiam sui non fecerit, *L. ea quæ, C. quo. et quan. jud. L. si prætor*, in princ. *D. de jud.* Quod quomodo conveniat cum *d. L. de unoquoque* ibi dixi.

III. Ea sunt edicta de quibus legimus in *L. ad peremptorium*, et *LL. seqq. D. de jud.* Edictum hoc vocamus denunciationem magistratus, per quam litigatori ut adsit jubet, *d. L. si prætor, D. de jud.* Edicere enim jubere est: hinc factum ut denunciationes dicantur eadem significatione *d. L. ea quæ, L. tres denunciationes, C. quo. et quan. jud.* Quas easdem quoniam literis complecitur magistratus, literas dixerunt; et literis evocari qui edictis evocatur, *L. contumacia, D. de re jud.* In hac re si legitimum numerum quærimus, tria edicta requiruntur quæ proponuntur per intervallum non minus decem dierum: (2) quibus propositis impetratur id quod appellatur peremptorium, quod inde hoc nomen sumsit, quod perimat disceptationem; hoc est ultra non patiatur adversarium tergiversari. In peremptorio enim comminatur is qui dedit, etiam absente adversa parte, cogniturum se et pronunciaturum. Hæc ex Ulpiano in *d. L. peremptorium*, et tribus seqq.

IV. Sed ita legitimus hic est et solemnis numerus edictorum, ut si res exigat, liceat judici hunc numerum minuere. *Nonnunquam*, inquit idem Ulpianus de peremptorio loquens, *hoc edictum post tot numero edicta, quæ præcesserunt, datur: nonnunquam post unum, vel alterum: nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem æstimare oportet eum qui jus dicit, pro conditione caussæ, vel personæ, vel temporis; et ita ordinem edictorum, aut compendium moderari.* Hæc Ulpianus in *L. nonnunquam D. de jud.* Quod dicit de conditione caussæ, personæ, temporis ejusmodi est. Non utetur prætor tot edictis in caussa quæ facile dilationem non patiatur; quod genus est, si de alimentis, si de tutore constituendo agatur, et similibus de quibus in *L. 2. D. de feriis.* Non utetur adversus eum actorem qui sit tenuis homo et pauper, qui exempli gratia, de mercede sibi debita agit; non utetur eo tempore cum periculum esse videbitur ne res incidat in ferias messium aut vindemiarum. Quæ omnia significantur in *L. 1. in fin. eod.* et *d. L. 2. D. de feriis.*

V. Et quoniam peremptorium tribus edictis propositis subjicimus, an semper id intervenire oporteat dubitari potest. Frustra Ulpianus tractare videtur quomodo ad peremptorium perveniatur, nisi id sit necessarium. Rursum in *L. 2. Cod. quom. et quand. jud.* scriptum est *cessante quoque caussa peremptorii edicti adversus eos qui admoniti adesse noluerunt, sententiam a judice ferri posse.* Et res ita habet, ut interdum (3) sit necessarium, interdum non sit. Sic enim scriptum est in *L. tres denunciationes, Cod. quom. et quand. jud. Tres denunciationes ad peremptorii edicti vicem adversus contumaces convalescere.* Est autem contumax qui coram admonitus copiam sui facere contemnit, *L. contumacia, D. de re judic.* Hinc licet colligere, sive tres denunciationes non intervenerint, sive intervenerint quidem, sed adversus absentem et eum cui coram denunciatum non sit, toties peremptorio opus esse, alias non esse.

VI. Hoc ordine peracto adversus reum, si quidem is aderit cognitionis die, audietur ille quidem; sed ea lege quæ constituta est a Justiniano adversus omnes qui, quavis in parte a judicii jussi adesse primo contempserint, deinde apparent; ut prius omnia (4) damna jubeatur sarcire adversario quæ ob frustrationem ejus contigerunt, *L. sancimus, Cod. de judic.* Si ne sic quidem ille venerit, citabitur absens, id est appellabitur nominatim et inclamabitur; ita ut, sive responderit sive non responderit, agatur caussa et pronuncietur: non utique secundum præsentem, sed interdum vel absens si bonam caussam habeat, vincet. Hoc in *L. et post, D. de judic.*

VII. Cui non est contrarium illud ex

tia lata præsumatur contra præsentem vel absentem, Menoch. 2. *Præsumpt.* 69. *et seq.* add. *supra Lib.* 27. *C.* 6. *N.* 5. *ibique not.*

(2) Quod Theod. Marc. *in L.* 12: *tab. collectis et interpretam. C.* 6. originem habere putat ex veteri lege 12. tabularum: QUI TESTIMONIUM DEFUGERIT, IS TERTIIS DIEBUS (id est trinundino, ter intra dies 27. et ita desertor testimonii post trinam denunciationem recusavit) OB PORTUM OBVAGULATUM ITO etc. De citatione peremptoria vid. citatos *supra in not. Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 4.

(3) Peremptorium edictum quando requiratur, vel non, vid. Sig. Scaccia *Lib.* 1. *de judic. causs. civ. crim. et hæretical.* 1. 91. *n.* 25. *et seq.* et citatos *supra in not. Lib.* 23. *Cap.* 11. *N.* 4.

(4) Contumax non auditur, nisi refusis expensis, vid. *not. supra Lib.* 23. *C.* 11. *N.* 20.

*L. contumacia ; D. de re judic.* contumaciam eorum qui jus dicenti non optemperant, litis damno coerceri. Ut enim illic docuimus, id ita interpretandum est, cum ii qui non obtemperant, damnati sunt, non cum sunt absoluti. Vel si malumus hoc modo, ut intelligamus contumaciam eorum litis damno coerceri, nempe si judex (5) velit; quod efficiet eos damnando. Non enim semper compellitur adversus absentem pronunciare. *L. 1. C. quo. et quan. jud.* hoc autem eodem redit. Porro contumacia eorum qui jus dicenti non obtemperant, litis damno coercetur, cum damnati sunt a judice; quia cum cæteris injuste damnatis paratum sit remedium appellationis quo efficitur ne injusta sententia illis noceat, hoc de contumacibus (6) constitutum est, ex peremptorio absentem damnatum, si per contumaciam abfuerit, appellantem non audiri, *d. L. et post, §. ult. L. si prætor. D. de judic.* Quod jus a nobis expositum est diligentius ad *d. L. contumacia.* Sed tamen est ejusmodi, ut cum ostendat absentiæ contumacis pœnam, magnopere intersit litigatorum eos de eo jure hoc loco admoneri, ne quis edicta magistratus in hac re facile contemnat; dum falso putat, si adversus se judicatum sit appellationi locum superesse: hæc de absente reo dicta sunt.

VIII. Quod si actor, qui postulante edictum peremptorium impetratum erat, absit cognitionis die cum reus venerit, de eo sic Ulpianus scribit in *d. L. et post, de* judio. *circumducendum erit edictum peremptorium; neque caussa cognoscetur, neque secundum præsentem pronunciabitur. Circumducto edicto, videamus an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis sit, verum instantia tantum edicti perierit: et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.* Circumducendum edictum dicit, ut sit (7) delendum et oblitterandum, id est perinde habendum quasi nec impetratum esset: denique reum ab observatione judicii absolvendum, ut Justinianus loquitur in *L. properandum., Cod. de judic.* Circumducere enim delere est, idemque valet quod inducere. Instantiam autem litis vocat ille ea omnia quæ sunt in lite ab actore vel reo, quibus instent, ut lis ad exitum perducatur. Hac ratione Marcianus in *L. mora D. de usur.* instantiam vocat interpellationem creditoris, quia hac interpellatione instat creditor reo ut reus solvat. Sed circumducetur edictum, si reus ita postulet.

IX. Quid si ultro actorem absentem provocet, et rem cognosci velit? Idem servabimus adversus actorem quod adversus reum absentem diximus. Primum idem ordo edictorum ad eum evocandum. Tum, si abierit, res eodem modo cognoscetur et judicabitur, ut actor vincat etiam, si meliorem caussam habeat. Postremo si reus absolutus erit, actor qui per contumaciam abfuerit, si appellet, non audietur. *L. properandum, §. et si quidem C. de jud.* Propria hic actoris absentis pœna constituta est ut, quanvis ipse vicerit, rem tamen petitam duntaxat ferat, reus in expensas litis non damnetur; auctor Justinianus *in d. L. properandum. §. et si quidem.*

X. Dixi in proferenda sententia illud secundum spectari, ut de scripto recitetur. Extant in hanc sententiam constitutiones tres sub Titulo *C. de sententiis ex breviculo recitandis.* Ex quibus ea quæ secundo loco

(5) Ita et Don. *ad L.* 53. *de re jud.* et ibi citatos in not. Sed Duar. *ad d. L.* 53. hanc contumacis pœnam refert ad edictum de eo qui jus dicenti non obtemperaverit. Ut is demum hac pœna plectatur qui in contumacia adeo perseveravit, ut quod extremum est in jurisdictione non fecerit. Atque ita non cujusvis judicis sententia hanc pœnam infligi posse sentit, sed solum a jus dicente, id est Prætore. Confer Scip. Gentil. 1. *de Jurisd.* 8. *pag.* 130. Blarer. *in L. diffamari. C. 2. n.* 23. Enimvero quod *d. L.* 1. *C. Quom. et quand. jud.* habetur, posse judicem adversus contumacem dare sententiam, non compelli, neutiquam ita exaudiendum videtur ac si judex, etsi absentis contumacis caussam meliorem esse perspexerit, condemnare eum tamen ob id solum quia contumax, possit si velit. Cæterum, si aliud judici videatur, quod absolvere queat. Hac quippe ratione judex gratificari alteri possit, et πρωτοπολεψία locum inveniret, quod exemplo pessimum est admittere. Sed vocula *posse d. L.* 1. non absolutum arbitrium, sed juri adstrictum denotat per not. *supra Lib.* 26. *Cap.* 11. *N.* 11. Nam *d. L.* 73. *de jud.* dicit, si bonam caussam habuit, vincere. Et ita judicari debet nec aliter potest, si de ea justitia caussæ judici liqueat. Sicuti recte DD. vulgo ob solam contumaciam, actore non probante, caussa non cadere reum. Menoch. *Arb. Cap.* 280. *n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 60. *n.* 8. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 32.

(6) Vid. *infra Cap.* 6. *N.* 9.

(7) Vid. P. Frider. *Lib.* 2. *de Mandat. judic. C.* 20. Meland. Conan. Canivr. *Parte* 2. *Membro* 6. De pœna actoris contumacis vid. quoque *Nov.* 112. *C.* 3. Damhuder. *Praxi Civ. Cap.* 77. Myns. 4. *Obs.* 65. Scaccia *Lib.* 1. *de jud. Cap.* 93.

posita est, rem hanc definit apertius his verbis: *ut judices non subito, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante forment, et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferant; scriptas ex libello partibus legant. Sed nec sit eis posthac copia corrigendi, vel mutandi.* Excipit ea constitutio illustres judices, quibus hoc concedit ut liceat eis per (8) officium suum sententias definitivas recitare. Hoc scriptum ea constitutio libellum vocat; ut non sit improbabile sic inscriptionem legendam esse: *De sententiis ex breviculo recitandis.* Est enim consentaneum, *breviculum* brevem chartam a Justiniano nominari. Alii (9) *periculum* malunt. Scimus quid Latinis si-

(8) Quomodo et in suprema Imperii Curia Protonotarium, præsente vel Prætore supremo vel Præsidum altero et una Senatorum parte dimidia, sententiam recitari audivimus. Olim nec hoc licuisse videtur Apulej. 1. *Floridior. Ipse Proconsul*, ait, *moderata voce, tacenter et sedens loquitur, et plerunque de tabella legit. Quippe Præconis vox garrula ministerium est, Proconsulis autem tabella sententia est.* De quo more et necessitate recitandi ex libello vid. Ræv. Broidæ. et omnino Langlæ. *locis ante citatis.* Mathesilan. *ad d. Tit. Cod. de Sent. ex peric.* Corset. *Sing.* 323. Rulant. *de Commissar. P.* 1. *Lib.* 5. *C.* 12. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. Tit. de Sentent. Resol.* 2. Novella Leonis 45. insuper requirit ut judex sua manu obsignet, ne si temere judicatum sit, postea sententiam suam inficiari queat. Et proditum a Maranta *Tit. de Sentent. n.* 13. et Pace Scala *Lib.* 3. *de Consil. Sapient. C. ult.* quod judex consilium Prudentum manu sua subscribere debeat ita: Pronuncio etc. ut in suprascripta consultatione: ne oriatur dubium an sententia ex scripto lata sit. Quod tamen apud nos non verendum. Sed et istius juris exceptiones tenendæ sunt. 1.° in litibus brevibus vilium personarum vel caussarum. *Nov.* 17. *Cap.* 3. *Nov.* 28. *Cap.* 3. *Auth. nisi breves, C. d. t.* et ubi sportularum exactio nulla: non autem in quibusvis summariis, *Clem. sæpe* 2. *§. sententiam, de V. S.* Maranta *Tit. de Sentent. n.* 17. Vans. *de Nullit. ex defect. Process. n.* 70. 2.° in caussis clericorum coram Episcopo, *Nov.* 83. *præfat. pr.* 3.° Et scholarium fortissim. de quibus *L. ult. §. ult. Cod. de Privil. Scholar. Lib.* 12. *tit.* 30. 4.° in sententia Principis. Exempla *L. pen. de his quæ in test. del. L.* 3. *Cod. de QQ. L.* 6. *Cod. de usuc. pro empt* Cujac. 18. *Obs.* 32. Chassanæ. *Catal. gloriæ mundi P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 73. Asin. *de Exsec. §.* 5. *Cap.* 40. *n.* 2. Num et judicis qui arbitrium in caussa habet? vid. Menoch. 1. *Arb. Q.* 60. 5.° in interlocutoria, Trentacinq. *d. Res.* 2. *n.* 7 6.° Ex consensu partium. Corset. *Sing.* 323. Et fac. *d. L. ult. § ult. Cod. de priv. schol.* Quod tamen Trentacinq. *d. Resol.* 2. *n.* 5. *et* 6. in caussa solum modica admittit, et Vant. *d. loc. n.* 73. 7.° Si contraria consuetudo sit, quæ valet, Jo. Pels. *Process. Tit.* 2. *n.* 75. Sicuti et Jure Saxon. *Lib.* 3. *Art* 78. scriptura non necessaria, post Konig. *Process. Cap.* 102. *n.* 17. Sneidvin. *in §. curare.* 32, *Inst. de act. n.* 6. Reinh. *Diff. jur. civ. et Sax.* 35. *P.* 4. In curiis tamen Saxonicis per actuarium seu Protonotarium recitari solet. Sedere quoque judices moris fuit, sicuti Advocatos stare. Unde consessus judicum et ius sedendi, *L. quisque* 6. *in fin. C. de postul. Nov.* 82. *Cap.* 3. *initio.* indeque arguunt a stante judice sententiam ferri non posse, Trentacinque et ab eo citati *d. Resol.* 2. *n.* 7. vid. Pollet. 1. *Hist. fori* 5. *pag.* 37. *et Cap.* 7. *pag.* 49. qui rationem reddit. 1.° quod animus sedendo magis sapiat. Sicuti Tranio apud Plaut. *Mostella Act.* 5. *Sc.* 1.

........ *nimio plus sapio sedens.*

cum natura nulla molestia impedita constantius in rem propositam sese intendat. 2° quod auctoritas magistratus ita magis conspicua. Men. *Arb. Quæst.* 61. eo innui putat, quod sedate et re accurate perpensa judicandum. Cæterum solemnitatem levem statuit, quæ facile remittatur. Conf. Lang. 1. *Sem.* 3.

(9) *Breviculo* sane habet editio Haloandri ut et Parisiensis de anno 1526. Quæ lectio arridet Alcia. 10. *Dispunct.* 21. Rainal. Cors. *Indag.* 8. Perrenon. 2. *Animadv. et Var. Lect.* 17. cum *brevis* significat chartulam, *L. ult. C. de conven. fisci debit. Lib.* 10. *Cap.* 2. Confer Mercer. 2. *Opin.* 17. Editiones Baudozæ et Russardi habent *ex libello*, sed hic in notis marginalibus testatur in omnibus MSS. haberi *periculo.* Et sane eam voculam in omnibus quos inspexi, manu exaratis libris constanter reperi. Unde eam recte, opinor, tuentur Cujac. 5. *Obs.* 25. *in fin. et in Par. C. d. tit. de sent. ex peric.* Rævar. *Protribun. C. ult.* Phil. Broidæ. *in Supplem. Hist. fori Polletti Lib.* 5. *Cap.* 15. P. Fab. 2. *Semestr.* 24. *pag.* 360. Langlæ. 5. *Semest.* 5. *pag.* 244. (licet ipse dissentire videatur eod. *Cap. pag.* 239.) Bernard. Antum. *not. ad Langlæ. d. Cap.* 5. Nam pari modo concepta non solum rubrica *Cod. Theod. Lib.* 4. *tit.* 17. sed et *L.* 2. *eod. tit.* habetur, sententiam *ex periculo* promi debere. Periculum itaque hic tabellam seu libellum significat, ut promere ex periculo sit de scripto eloqui ac recitare. Langlæ. *d. lo.* Quomodo Æmil. Prob. *in Epaminonda* a Thebanis Epaminondam petiisse, ut periculo suo inscriberent, et Cic. *in Frumentaria* pericula Magistratuum vocat. Tametsi Perrenon. *d. loc.* columnam seu statuam in foro positam quibus magistratuum nomina inscripta, illic de-

gnificet periculum. Ego quid periculum cum libello aut libelli recitatione commune habeat, me nescire fateor.

XI. Qua lingua sententia proferri oporteat, scripsi ad *L. decreta, D. de judic.* Quod quærendum est propter duo loca de hac re in speciem pugnantia, *d. L. decreta* et *L. judices, C. de sent. et interl.*

XII. Locum in quo judicetur (10) publicum esse volumus, et eum in quo, more et consuetudine publica jus dici soleat; aliter nec judicatum valet, *L. cum sententiam, C. de sent. et int. L. penul. D. de justit. et jur.* Quod si plura ejusmodi loca in eo territorio fuerint, neque judici dato certus locus constitutus sit; jubetur judex eo loco judicare quo solet judicari sine incomodo litigantium, *L. si locus D. de jud.* In tempore omnes (11) dies juridici, præter feriatos, habendi sunt. Per ferias si quid judicatum sit, nemo judicatum facere cogitur, *L. 1. D. de feriis, L. si ut proponis, C. quom. et quand. jud.* de hoc jure supra a me dictum est, lib. XXIV. cap. 7.

notari existimet. Et Hot. 3. *Obs.* 20. discrimen quod ex periculoso judicii eventu accidere potest, interpretetur. Qui sane in eo recte Cujacium refellit, quod is *ex periculo* exponit quasi per judicem, eum utique sententiæ non summatim, sed integræ recitari debeant. Sed et quod Festus ait *Lib.* 14. Catonem posuisse in Oratione *periculatus sum*, Rævar. *d. loc.* accipit pro eo quod est: libello complexus sum, etsi vulgo exponatur: periculum subii, Perrot. *Cornucop. in* 41. *Martial. Epigramma.* Atque ita voculam *periculo* idem Rævardus exponit in *L.* 20. *pr. Quod vi aut clam.*

(10) Vid. Mathesilan. *ad d. L.* 6. *de sent.* Wes. *ad Rub. Cod. de ord. judic. n.* 24. *et Cons.* 43. *n.* 44. *et* 2. *seqq. et n.* 59. *et seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 64. Coler. *Decis.* 206. Maranta *P.* 6. *tit. de sentent. n.* 72. *et seq.* Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Vol.* 1. *Cap.* 31. Poll. 1. *Hist. fori* 2. 3. *et* 4. P. Greg. 2. *de Rep.* 6.

(11) Judicari quoque potest tum mane tum meridie et vespere, *Nov.* 82. *Cap.* 3. scilicet usque ad occasum solis. Quomodo in L. 12. tab. SOLE OCCASO DIEI SUPREMA TEMPESTAS ESTO. *Agell.* 17. *Noct.* 2. Neque enim noctu judicia exerceri aut sententias ferri posse obtinuit, per *L.* 2. §. 31. *de O. I. Cap. consuluit. de offic. deleg.* vid. Marcil. *in L.* 12. *tab. collect. Cap.* 8. Scip. Gentil. 2. *de Jurisd.* 29. *pag.* 317. Menoch. 1. *Arb. Q.* 62. Joseph. Cumia *Practica Syndicatus Cap.* 17. *n.* 43. Vant. *de Nullit. ex defect. jurisdict. ordinar. n.* 132. Wes. *ad titul. Cod. de ord. jud. n.* 25. Maranta *hoc tit. n.* 92. fuse Polydor. Ripa *de Nocturno tempore, Cap.* 134. Lancell. Conrad. *de Off. Præt. in causs. civil.* v. *Sententiæ n.* 41. Confer Ræv. *ad LL.* 12. *tab. Cap.* 7. Gord. *ad L.* 2. §. 1. *de V. S.* Nisi consensus partium accedat, vel contra se habeat consuetudo, Menoch. Vant. et Mar. *dd. LL.* Polyd. Ripa *dict. Cap.* 134. *n.* 30. *et n.* 45. et Lancell. Conr. *d. n.* 41. ex quibus plures exceptiones pete. Areopagitæ noctu judicarunt, vid. *supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 14.

## C A P. IV.

### Cur prodita sit appellatio: Quid sit: Et quibus capitibus contineatur quæstio de appellationibus.

*Transitio ad appellationem: qui finis appellationis.* I.
*Appellatio quid sit, et de locutione, seu de significatione ejus et conjugatorum* II.
*Tractandarum rerum methodus et partitio.* III.

I. Rebus rite judicatis standum esse non semel diximus ad titulum *de re judicata, D.* sed hac conditione, si appellatum non sit, *L. cum prolatis, D. de re jud.* Nempe ita jus est, ut post rem judicatam, nisi quid aliud impediat, supersit victo remedium appellationis; quo efficitur ut (1) suspendatur et quodammodo extinguatur judicatum, *L. et*

(1) Suspendi dicitur *L.* 32. *Cod. C. cum inter* 13. *Extr. h. tit. L.* 5. *C. Quor. appell. non recip. L.* 32. *C. de trans. L. ult. Cod. sent. rescindi.* Exstingui autem *d. L.* 1. §. *ult. ad SC. Turpil.* et fac. *L.* 2. §. *ult. de pen. L.* 6. §. 1. *de his qui not. inf.* Quibus cum haud probe convenire videatur, vulgaris est distinctio quod exstinguatur quoad statum caussæ præsentem, eum exsequi sententiam non liceat; suspendatur autem respectu futuri temporis ac eventus, eum possit sententia prior confirmari a superiore et ita effectum sortiri judicatum. Panorm. et alii, ut refert P. Greg. 6 *de App.* 11. *n.* 4. et probant Lanc. *de Att. P.* 2. *C.* 12. *præfat. n.* 126. Cov. *Pract. QQ. C.* 23. *n.* 1. Gail. 1. *Ob.* 144. *n.* 2. sed reprobat Fr. de Cald. *ad L.* 3. *C. de in in. rest. in definit.* v. *per quod pristinum jus recuperat n.* 35 Quippe hac ratione prior sententia confirmata effectum haberet, ac vires

*in majoribus C. de app. L.* 1. §. *ult. D. ad Turpil.* De eo remedio reliquum est, ad absolutionem judicii et juris nostri prosecutionem, ut nunc dicatur.

II. Appellare autem est superiorem judicem appellare, qui de eadem re amplius cognoscat et judicet, ac prius sive decretom sive pronunciatum sententia sua corrigat et in melius reformet, ut colligere licet ex *L.* 1. in pr. *D. de Appell.* Hoc idem provocare dicitur, *L. præses, D. de re judic. L.* 3. §. *ult. L. illud D. de appell. L. eos tota, C. de accusat.* legendo passim occurrit in hoc argumento. Unde illa: (2) Auxilium appellationis, auxilium seu remedium provocationis, pro eodem, *L. servi, D. de appell. L. hi qui, C. eod. L.* 1. §. *si quis ante, D. a quib. app. non licet, L. si actor, C. de app. d. L.* 1. in fin. *D. ad Turp.* Estque in eo hic usus loquendi, ut quemadmodum dicitur appellari judex non appellari ad judicem, ita dicatur judex seu magistratus provocari, non provocari ad judicem, *L.* 1. §. *pen. L. Imperatores,* §. 1. *D. de appell. L.* 1. *D. quis a quo appell. L. ei cujus, D. de app. recip.* Quanquam et appellare ad Principem vel ad præsidem interdum legimus, sed hoc rarius; ut in *L. si qui* §. 1. *D. de app. L.* 5. *C. eod.* De hoc inquam, seu auxilio seu remedio quærimus.

III. Et quoniam appellatione, ut dixi, id agitur ut quod ante adversus nos statum est superioris judicis sententia rescindatur, itaque efficiatur ne nos teneat; hoc quærendum est quomodo appellatione ad id perveniamus. Sic vero perveniri potest, si quibus in caussis appellare necesse est, ibi appellatio ante omnia jure constituatur; tum detur opera ut constituta perveniat ad eum judicem qui de appellatione cogniturus est; sic denique ea introducta, fungatur judex suis partibus. Dicendum est igitur primum quibus in caussis appellatio necessaria sit, in quibus non sit; ne forte eam frustra requiramus ubi ea non est opus: secundo loco in in appellatione necessaria, quæ ejus constituendæ ratio sit: tertio quæ ratio ejus introducendæ: postremo quid appellatio efficiat; id est quid det litigatori ad agendum appellationis caussam, quid a judice qui de ea cognoscit exigat.

suas retro porrigeret contra *d. L.* 6. §. 1. *de his qui not. inf.* et immo non ex priori illa sed posteriori confirmante agitur, vid. *not. infra C.* 9. *N.* 3. Quare Caldas *d. loc.* suspensam dici sententiam. quandiu appellans superiorem non adiit. cum possit sententia, appellatione deserta, in judicatum transire; ubi judex prior exsequitur, vid. *not. infra C.* 8. *N.* 7. Extinctam autem, quando appellationem prosecutus. sive prior sententia reformetur sive confirmetur; cum ex illa ceu extincta, nec agatur nec executio petatur. Confer Hier. Mag. *Dec. Flor.* 198. Cacher. *Decis.* 5, And. Scheffer. *P.* 1. *Q.* 41. *n.* 4. *et seqq.* Non autem impediri præsumptionem justitiæ prioris sententiæ, docent Lanc. *d. loc. n.* 125. Menoch. *Lib.* 1. *Præsumpt. Q.* 36. *n.* 20.

(2) Add. *L.* 17. *L.* 30. *et passim, C. h. t. L. tale* 40. §. 1. *D. de pact. L.* 244. *de V. S.* Provocatio tamen verbum generalius est ac latius patet, quo omnis invocatio auxilii superioris, et ita etiam supplicationes etc. continentur, Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 6. Hart. Hart. *T.* 19. *Obs. ult.* Bod. 1. de *Rep. ult. n.* 161. Sed et verbi *appellare* ratione materiæ subjectæ acceptio variat. Sicuti dicitur appellari debitor, *L.* 16. §. *ult. de fidej.* puella cujus pudicitia attentatur, *L.* 15. §. 17. *de injur.* et aliis modis, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 12. *n.* 10. *N.* 20. P. Greg. 1. *de App.* 2.

## CAP. V.

### Quas ad res rescindendas prosit et sit necessaria appellatio.

*Appellatio ad delata civilia munera recusanda, et ad retractandam sententiam necessaria.* I.
*Quibusdam tamen nec adversus nominationem legitimam.* II.
*Quibusdam vero adversus sententiam necessaria: quando hoc et quatenus.* III. II.

I. Prodita est duas ad res appellatio; ad delationem publici muneris aut honoris defugiendam, et ad rem judicatam retractandam; atque ita prodita ut, superioribus rebus rite peractis, nec munus aut honorem delatum defugere liceat, omissa appellatione, nec rem judicatam rescindere. A muneribus et honoribus justæ caussæ excusationem præstant; sed quæcunque caussæ sint, eæ nisi interposita appellatione allegari non possunt. De quo ita cavetur in *L. hi qui, Cod. de appell. Hi qui ad civilia munera, vel ad decurionatum, vel honores devocantur, licet vacationem a Principibus acceperint, si appellationis auxilio non utantur, consensu nominationem confirmant.* Congruit (1) *L. 4. L. cives, Cod. eod.* Est tamen in hoc genere quod inter cætera munera et tutelam intersit. In cæteris enim muneribus delatis a nominatione appellare necesse; in tutela a repulsa demum excusatione: et hoc utriusque generis eum altero commune.

II. Illud proprium singulorum, quod sunt quidam quibus etiam adversus legitimam nominationem non est necessaria appellatio, quidam quibus non est necessaria adversus sententiam quanvis rite latam. Adversus nominationem non est necessaria veterano; de quo cautum est in *L. veteranis, C. quan. provoc. non est necess.*

III. Adversus sententiam non est necessaria iis qui ex pluribus caussis condemnati sunt, si vel unus ex condemnatis appellavit; dum in communi caussa omnes condemnati sint. Quod ut fiat planius, de re ita statuendum est: cum plures separatim condemnati sunt, quanvis ex eadem caussa, ut plures tutores aut curatores; pluribus ejus appellationis opus est, ut qui ex his non appellarit, intelligatur sententiæ acquievisse, *L. si qui in. pr. D. de app.* Quo sensu accipiendum est quod scribitur in *L. 3. vers. certe, D. eod.* Quod si plures in communi caussa non separatim (2) condemnati sint, ita sufficiet unum appellasse, ut unius victoria etiam ei proficiat qui non provocavit, *d. L. si qui. §. ult. L. 1.* et *2. C. si unus ex plurib. appellaver.* Adeo autem plures sententiæ adversus plures separatim latæ, quanvis ex eadem caussa, plures desiderant appellationes; ut si vel in una caussa et adversus eundem separatim duplex sententia divisa detur, veluti una sortis et altera usurarum, placeat duplicem appellationem esse necessariam, *L. cum in una, D. de appell.*

(1) Add. *L. 1. §. 2. D. Quand. app. L. 1. pr. D. de vacat. mun. L. 2. Cod. de decur. Lib. 10. tit. 31. L. 4. Cod. de munerib. patrim. Lib. 10. tit. 41. L. 1. tit. seq. quem. civ. mun. ind. L. un. Cod. de vacat. publ. mun. Lib. 10. t. 45. L. ult. C. Qui æt. vel profess. se excus. Lib. 10. t. 49. L. 2. L. ult. Cod. de filiis et quemad. etc.* Ac quidem a muneribus et auctoritate et utilitate publicis ab ipsa nominatione seu electione appellandum, ut *in alleg. LL.* cumprimis *d. L. ult. Cod. Qui æt. vel profess.* dicitur *si a nominatione facta appellationis* etc. in iis autem quæ utilitate privata, ut tutela, a rejecta demum excusatione, ut *supra Lib. 3. C. 9. n.* 50. 52. *N.* 17. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 324. P. Greg. *Lib. 2. de Appell. C. 21.* Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 8. *et t. Quor. app. non recip. defin.* 1. *et* 2. ubi scita ratio. Christoph. Besold. *h. t. Cap. 7. n.* 12. Et caussa hic agitur inter nominatum et nominatorem, Cujac. 9. *Obs.* 35. add. Menoch. *Arb. Cap.* 227. Sed et ab electione appellari ita potest ne electus admittatur, quod vel indignus, vel potior alius nominandus, P. Greg. *h. t. Lib.* 1. *C.* 12. *n.* 2. Georg. de Cabed. *P* 2. *Decis.* 84. *n.* 16. Non autem appellatio ei cui alius prælatus, Raudens. *Dec.* 33. *n.* 67.

(2) Si et eandem in illa defensionis caussa, secus si diversa, *d. L.* 10. §. *ult.* vid. P. Fab. 2. *Semestr.* 25. *pag.* 371. P. Greg. *h. t. Lib.* 5. *C.* 5. Besold *h. tit. C.* 5. *n.* 4. Gail. 1. *Obs.* 126. *n.* 3. Mathesilan. *ad t. C. si un. ex plurib.* P. Æmil. *Decis. Rotæ* 37. *Part.* 1. Vinc. de Franch. *Decis.* 467. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. *n.* 7. *et seqq.* Hart. Pist. *Lib.* 1. *Q.* 47. Rauchbar. *P.* 2. *Q.* 7. Frider. *de Process. Lib.* 3. *de Cont. caus. Cap.* 16. Et quod in appellatione plurium consortum non necesse sit singulorum nomina exprimi, Myns. 2. *Obs.* 66.

## CAP. VI.

**Justas esse caussas cur non recipiatur appellatio, et quæ sint. In quo hæc explicantur: qui appellare non possint: a quibus non appelletur: quibus in caussis liceat appellare: a qua sententia: quoties: tum intra quæ tempora appellandum sit, et quomodo. Postremo cujus sit recipere aut repudiare appellationem: et quid si appellator de non recepta queratur.**

*Continuatio. Facultas appellandi cuique libera.* I.

*Sed tamen appellatio aut a jure non admittitur interdum, aut certa dumtaxat lege seu modo.* II.

*Non admittutur appellatio ex quinque caussis et quæ illæ.* III.

1. *Ex appellantis persona, aut in aliena caussa aut in sua.* IV.

In aliena: *plerumque nemini licet appellatio; et quando secus.* V.

In sua: *interest an qui judicio expertus appellet, an alius cujus intersit.* VI.

*Priore casu libera cuique appellatio, nisi quæ obstent: hujus generis quæ; obiter de singulis.* VII. VIII. IX. X. XI.

*Posteriore: ille cujus interest, et si judicio non expertus, oppellare permittitur, et quatenus.* Interesse *quid significet.* XII. XIII.

*In testamenti caussa, ii quorum interest appellare prohibentur, nisi tamen heredis collusionem objiciant.* XIV.

2. *A persona Principis ejusque consiliariorum, Senatus, Præfecti prætorio, et a judicis a Principe dati sive prorogatione.* XV.

*Adversus rescriptum Principis provocare licet, et quomodo.* XVI.

*Item a quovis judice, si superiores exceperis, illo etiam qui sit rescripto Principis datus.* XVII.

*Non tamen ab executore sententiæ, nisi forte is male sententiam interpretetur. Hoc quid sit.* XVIII.

3. *A caussis quibusdam. Quæ illæ: obiter de singulis.* XIX. XX. XXI. XXII.

4. *Ab interlocutoria sententia, nisi hæc irreparabile damnum afferat.* XXIII.

*Ab interlocutoria tamen et quocunque gravamine licet appellare ex Jure Canonico.* XXIV.

5. *Si tertio iam fuerit appellatum.* XXV.

*Tempora appellationis legitimæ quæ sint.* XXVI.

*Item quæ appellationis solemnia, quæ libellorum conceptio et forma.* XXVII.

*Offerendi libelli judici a quo appellatur; si per ejus violentiam non liceat, publice proponendi.* XXVIII.

*Appellationis minime receptæ quis sit judex appellandus, et quomodo.* XXIX.

*Judex appellatus adeundus intra appellatoria tempora; quæ sint hæc, alibi auctor.* XXX.

*De vi hujus posterioris appellationis.* XXXI.

*Quæ sit ea de re auctoris opinio, et quibus fulciatur rationum momentis.* XXXII.

*Contrariis occurritur; distinctione habita, res tota planius explicatur.* XXXIII. XXXIV.

I. Si appellatio necessaria erit, primum est ut ea jure interponatur constituaturque. Constituendæ hæc ratio est. si recipiatur a judice a quo appellatur. Quid ergo, dicat quispiam, potest judex hanc repudiare? Atqui de potestate appellandi ita cautum est legibus; et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi liberam (1) facultatem esse,

(1) Usumque frequentem et necessarium. *L.* 1. *pr. hoc tit.* vid. P. Gregor. *h. Tr. Lib* 1. *Cap.* 5. Besold. *Cap.* 1. Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 2. Quam plerique juri naturæ adscribunt, quippe cujus est defensio; unde nec statuto effici posse ne appellare liceat docet Myns. 1. *Obs.* 14. quia alia, ait, ratio pacti quod non directo offendit jus superioris. et citati a Treutlero *Vol.* 2. *Disput.* 33. *Thes.* 1. Et quod appellationem justam nec Princeps tollere possit, Vasq. 1. *Contr. usu freq.* 1. *n.* 4. *et* 5. Verum Pinel. *ad Rub. Cod. de rescind. vend. Parte* 1. *C.* 2. *n.* 22. non proprie esse defensionem statuit. Quia, ait, an sint plures instantiæ mere arbitrarium est, nec respicit justitiam caussæ. Nemo enim scire potest an rectius in primo vel secundo tribunali judicetur. Et Knich. *de Sax. non pro-*

*L. et in majoribus, L. si quis, C. de appell. cap. de appellationibus, 2. Extr. si de appell.* Ex quo est, quod imperatores prohibent vim aut minas inferri appellantibus; et si quis prohibeat victos appellare, minantur se ultores futuros. *L. minime, d. L. si quis, C. eod. L. αὐτοκράτωρ. D. eod.* Quæ si de hac re facultas est, frustra expectatur auctoritas et approbatio judicis in eo quod, etiamsi velit, denegare (2) non potest. Et est sane ita ut, nisi quid nominatim prohibeatur, sit ubique ea facultas appellandi quam modo dixi.

II. Sed est in ea itidem, ut in cæteris fere rebus concessis quod jure excipiatur. Primum non passim admittitur appellatio, sed multis de caussis in totum inhibetur. Tum autem cum admittitur, non admittitur nisi certa lege. Nam et certo modo appellandum est, et appellandum intra certa tempora jure constituta; quibus rebus prætermissis, frustra appellatur. Hinc totidem caussæ non (3) recipiendæ appellationis, quæ ob eam caussam æstimandæ judici permittuntur ut, si re cognita ab eo recepta fuerit appellatio, hæc jam pro justa habeatur, sitque plane constituta. Quare quid in universum hic liceat et quatenus videamus.

III. Est igitur, ut dixi, cum plane appellatio non admittatur. Quominus admittatur in caussa sunt alias persona appellantis; alias judicis dignitas qui judicavit; alias caussa de qua actum est; nonunquam genus sententiæ; postremo etiam numerus appellationum sæpius interpositarum.

IV. In persona appellantis spectandum est utrum in aliena caussa quis appellet, an in sua.

V. In aliena caussa ei qui judicio expertus non est, appellare (4) non licet, *L. 2. vers. sed dicendum, D. quando app. sit.* Quod sic accipiemus, nisi aut ei (5) mandatum sit, aut eum appellasset, dominus ratum habuerit. Placet etiam, si mater cum filii rem sententia versam animadverteret provocaverit, pietati id dando et hanc (6) audiri debere: hæc in *L. 1. D. de app. recip.* Hoc amplius humanitatis caussa receptum est, ut quilibet appellare possit nomine ejus non tantum qui ad supplicium ducitur, sed etiam qui supplicio addictus est, quamvis ille (7) repugnet,

*vor. jure v. jus Cap. 2. n. 176. et seq.* juris civilis etc. hanc esse contendit. Qui *d. Cap. 2. n. 50. et seqq.* disquirit, num usu immemoriali effici possit ne a quopiam appelletur. Certe Princeps et caussam certam, appellatione remota, delegare, ut *infra N. 21.* generale privilegium de non appellando tribuere potest.

(2) Ac quod recipere judex teneatur, præter *L. 21. Cod. hoc tit.* Novellis textus disertissimus, *Novell. 82. Cap. 12. et 13. Novell. 126. Cap. 3. pr. et Novell. 134. Cap. 3. vers. ult.* Quos tamen DD. illi non adducunt, qui generaliter definiunt appellationem in dubio permissam censeri eique deferendum esse, Tiraquell. *Tr.* Le mort saisit le vif, *Parte 6. Declar. 6. n. 9.* Marant. *Part. 6. hoc tit. n.* 399. P. Gregor. *Lib. 2. Cap. 1. n. 1.* Besold. *Cap. 11. n. 1.*

(3) Et plane non recipiendæ quas calumniose interponi apparet, non spe victoriæ, sed ut judicati vires suspendantur et subterfugia captentur, vid. P. Gregor. *hoc tit. Lib. 1 Cap. 13. et Cap. ultim.* Marant. *hoc. tit. n.* 347. Menoch. *Arb. C.* 197. Nimius quippe hujus remedii ad iniquitatem abusus, Gail. 1. *Obs.* 128. *n.* 2. Broidæ. *Supplem. Hist. fori Polletti Lib. 5. Cap. 17. pag.* 545. P. Heig. *Parte 1. C. 10. n. 10. et seq.* Knich. *supr. d. loc. Cap. 3. n. 68. et seq.* Hinc inolevit ut deferant appellationi cum clausula *Si et in quantum de jure etc.* Grav. *ad Vestr. 7. Pract. ultim. n.* 22.

(4) Vid. P. Greg. *h. Tr. Lib. 2. Cap. 14. et Lib. 5. Cap. 2.* Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 39. Besold. *h. Tr. Cap. 5. n.* 11. Filiusfamilias nomine patris auditur, *L. 23. §. 2. hoc tit.* vid. Guid. Papæ. *Decis.* 203.

(5) De appellatione Procuratoris, vid. M. Anton. de Amatis *Decis* 37. Achill. de Grass. *Decis. Rotæ* 230. *ac* 235. *et seq.* Brederod. *hoc tit.* 13. *v. Procurator.* Et num teneatur appellare, item appellationem prosequi, *supra Lib. 18. Cap. 16. n. 6. et seqq. ibique not.* Besold. *h. Tr. Cap. 5. n. 7. et* 8.

(6) Vid. Harpr. *ad §. 1. I. de iis per quos agere, n.* 101. ubi ratio differentiæ cur mater in secundo hoc judicio admittatur, quæ non item in primo.

(7) Humanitatis consideratione, ut ait *L. 6. in fin. C. de Episc. aud.* Nec audiendus Hostiensis qui requirit ut postea ratum habeat, P. Gregor. *Lib. 2. Cap. 7. n.* 10. Minus vero qui interpositionem solam admittunt, ut persecutio deinde fiat ab ipso reo, ut Besold. *hoc tit. Cap. 7. n.* 11. Contra enim rectius P. Gregor. *d. Cap. 7. n.* 12. Quem de hoc vide *ibid. et* 32. *Synt. 24. n. 15. et seqq.* Broidæ. 5. *Hist. fori 17. p.* 549. Padilla in *L. transigere n.* 9. (idem statuens in condemnato ad membri abscissionem, ut et P. Gregor. *d. Cap. 7. n.* 13.) P. Frid. 3. *de Contin. causs.* 8. *n.* 21. Vasq. 1. *Ill. Contr. 41. n. 10. et seqq.* Ubi 8. objectiones diluit; *et Contr. 2. usu freq.* 39. *n.* 23. ubi extendit ac restringit. Confer *not. h. C. N.* 26. Idem statuit Vasq. *d. Cap. 41. n. 9. et seqq.* de condemnato in caussa civili, cujus tanta egestas ut ipse appellare nequeat, ut quod favor vitæ operatur ratione cujusvis, idem paupertatis favor efficiat respectu inopis.

*L. non tantum*, *D. de app. L. addictos*, *C. eod.* Quemlibet cum dicimus, liberum intelligere debemus; nam servus ne domini quidem nomine appellare permissus est, *L. ult.* in pr. *D. eod.* Recte autem edictum est, ei qui judicio expertus non est. Is enim qui judicio est expertus, quanvis alienam caussam agat ut procurator, tamen lite contestata dominus litis efficitur, ut recte placeat eum si victus sit appellare posse, et quidem per procuratorem, *L. 4. §. ult. D. de app.*

VI. In sua caussa si quis appellet, id est si appellet is cujus interest, refert utrum ipse dum caussam ageret victus sit, an alio condemnato appellet.

VII. Omnibus qui judicio experti sunt, in sua caussa appellare permittitur sine controversia, nisi si cui personæ conditio aut contumacia aut delicti genus aut conventio sua et consensus obstet.

VIII. Obstat personæ conditio servis, de quibus ita scriptum est in *L. servi*, *D.* de appell. *Servi appellare non possunt. Sed domini eorum ad opem servo ferendam possunt uti remedio appellationis et alius domini nomine id facere potest. Si vero neque dominus neque alius pro domino appellaverit, ipsi* (8) *servo qui sententiam passus est, triste auxilium sibi implorare non denegamus.*

IX. De contumacibus ita jus est: qui cum ad agendum caussam legitimis edictis vocatus esset, absens condemnatus est, si quidem abfuerit per contumaciam, ejus appellatio recipi non potest; *L. 1. L. 4.* in fin. *Cod. quor. appell. non recip. L. et post §. ultim. D. de jud. L. cæ consensu §. ultim. D. de app.* Quis per contumaciam abesse intelligatur docemur in *L. contumacia, D. de re jud.* Notandum est adversus eos tantum qui per contumaciam absunt, constitutum hoc jus esse. Quod si quid aliud in judicio per contumaciam quis non faciat, veluti si non exhibeat instrumenta, nihilominus (9) eo nomine condemnatus appellare potest, *L. creditor, §. 1. D. de app.* et delicta quædam sunt ob quæ damnatis appellandi potestas denegatur.

X. Primum insignes latrones, seditionum concitatores, duces factionum in ea caussa sunt, ut placeat eos damnatos statim puniri debere, quia publice intersit, proindeque eorum appellationes (10) non recipi, *L. constitutiones, D. de app.* His proximi sunt homicidæ, venefici, malefici, adulteri; item ii qui manifestam violentiam commiserunt. Nam et de his constitutum est ne appellationes audiantur; verum hac lege, si non solum legitimis probationibus convicti damnati sint ut priores illi, sed si etiam voce propria vitium scelusque confessi sint, ut comprehensum (11) est *L. 2. C. quor. app. non recip.* Ad hæc *L. 3. C. eod.* sic vulgo accepta est, ut

(8) P. Gregor. *Lib.* 5 *Cap.* 1. *n.* 10. Auditur et excommunicatus et bannitus, vid. Besold. *hoc. tit. Cap.* 5. *n.* 1. Brederod. *Parte* 1. *Tit.* 13. *pr.* ut et minor sine curatore, cum interpositio hujus non sit verus actus judicii, post Cothman. *Cons.* 35. *n.* 1. *et seqq.* Besold. *d. loc.*

(9) Quæ vulgaris distinctio est inter contumacem in non veniendo, *d. L.* 13. §. *ult. et simil. Nov.* 82. *Cap.* 5. et in non parendo, Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ Cap.* 26. *n.* 12. P. Gregor. *Lib.* 5. *Cap p. n.* 5. *et seqq.* requiritur autem vera contumacia, non ficta aut præsumpta, P. Gregor. *d. Cap.* 4. *n.* 1. *et* 2. Besold. *Cap.* 6. *n.* 4. Cravetta *de Antiq. temp. Parte* 2. §. 1. *n.* 3. Gutier. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 50. *n.* 1. Plura de hoc Maranta *h. tit. n.* 284. *et seqq.* Menoch. 1. *Arb. Q.* 70. *n.* 38. (ubi nec supplicationem ei superesse docet) Hartm. *Tit.* 19. *Obs.* 26. M. Ant. de Amatis *Decis.* 36. Meichsner. *Tom.* 1. *Lib.* 2. *Decis. Com.* 1. *n.* 58. *et seqq.* Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 5. *et seqq.* et maxime *n.* 21. Rauch. *P.* 1. *Q.* 14. *n.* 10. *et seqq.*

(10) Ubi non conjunctim probatio et confessio requiruntur, sed alterutrum sufficit, Rauch. et ab eo citati *Parte* 2. *Q.* 8. *n.* 11. *et n.* 16. His accensendi monetæ adulteratores, *L.* 1. *in pr. L.* 2. *in fin. Cod. de fals. monet.* Marant. *hoc tit. n.* 294. Bronch. 2. *Misc.* 74. raptores virginum, *L.* 1. *in fin. pr. Cod. de raptu virg. C. pervenit* 13. *et seqq. Extra. h. t.* Marant. *d. loc. n.* 295. etsi convicti solum nec confessi, Rauch. *d. Q.* 8. *n.* 10. Hæreseos condemnati, *C. ut inquisitionis* 18. *de hæret. in* 6. Marant. *d. loc. n.* 299. Reum autem hæreseos necdum judicatum, si gravamen contingat in processu, appellare posse vult Gundissalv. de Villadiego *de Hæreticis, Q.* 18. *n.* 1. add. Ludov. Caren. *Tr. de Hæreticis, n.* 129. Perduellionis rei, Marant. *d. loc. n.* 297. Decian. *Lib.* 7. *Tr. crimin. Cap.* 6. *n.* 14. *et Cap.* 37. *n.* 30. Rauchb. *d. Q.* 8 *n.* 9. etsi contraria dicatur communis, *ibid.* et ex Vivio Joan. Ruland. *Addit. ad Marant. d. loc.*

(11) Ita Rauchb. *d. Q.* 8. *n.* 17. Maranta *h. t. n.* 292. Convicti scilicet probatione clara, confessi sponte, Maranta *ibid.* Nam ut tormentis extorta confessio teneat, requirunt ut post intervallum diei naturalis, sive 24. horarum nec minus, libere repetita sit. Mathesilan. *ad d. L.* 2. *n.* 5. Confer Myns. 5. *Obs.* 23. Cæterum, etsi convictis solum appellatio non adempta nisi in casibus *N. præcedentis*, tamen confessos solum non admitti, quoties pœna certa lege definita, rationis esse et utrique juri conveniens, vult Rauchb. *d. Q.* 8. *n.* 32. *et seqq.* Adi et Mathesil. *ad d. L.* 2. P. Greg.

officialis a suo judice condemnatus ob delictum in officio commissum, appellare (12) non possit.

XI. Si desint cætera, placet in universum pacto (13) effici posse inter litigatores ne cui eorum appellare liceat. *L. ult.* §. *ult. C. de temp. appell.* Quinimo, ut nihil inter eos convenerit, si quis ante sententiam professus fuerit se a judice non provocaturum, provocandi auxilium (14) perdidit, *L.* 1. §. *si quis. D. a quib. app. non licet.* Non intelliguntur quidquam istiusmodi convenisse qui judicem ex consensu sumpserunt. Itaque recte visum est a judice ex consensu litigantium dato victum posse provocare, *L. ex consensu, D. de appell.* Cæterum licet ei qui appellavit renunciare appellationi suæ rebus integris, id est priusquam appellationem ad superiorem judicem (15) introduxerit, *L. si quis libellos C. de appell.* et *c. quamvis Extr. de elect. lib.* 6. Vel antequam judex appellationem susceperit, vel alteri delegaverit; sic tamen ut sumptus adversariu restituat, *c. interposita, Extr. de appell.* Hæc de his qui ipsi judicio experti victi sunt.

XII. Quid his liceat qui caussam non egeront, quorum tamen interest, videamus. Et placuit, quamvis alio condemnato, non minus cum quoque cujus interest (16) appellare posse: sed hac conditione, si is cesset qui victus est. Et quoniam non multum refert utrum victus non appellet, an appellet quidem, cæterum non ex fide caussam agat, visum est hic quoque ei cujus interest idem tribuendum; non quidem ut ipse novam appellationem interponat, cum sit a condemnato interposita, sed ut defensiu caussæ periude illi committatur ac si ipse appellasset. Licet hæc colligere ex *L.* 4. §. 1. *D. de app.* ac ne exempla desint eorum quorum interest alios qui de re egerunt non condemnari, plura eodem illo loco proponuntur. Eodem pertinet, *L.* 5. *eo tit.*

XIII. Illud de verbo monendi famus, interesse alicujus sic accipere nos hoc loco, non tantum si ejus pecuniariter intersit, id est si alio condemnato, aliquid ei abfuturum sit de re familiari, ut alias fere accipi solet; sed etiam si quod incommodum famæ et existimationis ad eum pertineat. Ut puta, dicimus hic interesse patris filium non pronunciari servum aut libertum, quia non possit filius talis esse, quin ejus rei dedecus vel civitatis minutio patrem quoque attingat. Item interesse propinquorum ut quis propinquus capite damnetur, quia putatur nota capitalis alicui innsta ad totam familiam pertinere. Hac de caussa, et illic patri filio damnato, et hic propinquis alio propinquo damnato (17)

*Lib.* 2. *Cap.* 8. Besold. *Cap.* 6. *n.* 1. fuse Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 13. v. *condemnatus.*

(12) Vid. Mathesilan. *ad d. L.* 3. Marnnta *h. t. n.* 301. *et seq.* Brederod. *h. Tr. Parte* 1. *Tit.* 15. verbo *a Syndicatoribus.*

(13) De vi talis conventionis vid. Marant. *h. t. n.* 341. *et seqq.* Myns. 1. *Obs* 14. Damhuder. *Prax. civ. C.* 234. *n.* 6. Besold. *Cap.* 6. *n* 3. Franc. Pfeil. *Cons.* 178. et omnino Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 11. P. Greg. *Lib.* 5. *Cap.* 3. fuse disceptans.

(14) Secus esse, si dixerit se velle stare sententiæ, statuit Marant. *n.* 317. cujus defensionem suscipere nolim. Cæterum et post sententiam latam tacite appellationi renunciasse intelligitur qui parere aut implere cœpit, Damhuder. *Praxi civ. Cap.* 230. *n.* 4. qui dilationem petiit intra quam solveret, *L.* 5. *C. de re jud.* Ant. Gabr. Rom. *Lib.* 2. *Comm. Conclus. tit. de appell. Concl.* 3. Ant. Fab. *C. suo t. Quor. app. non recip. defin.* 12. (excipiens nisi caussa sit restitutionis in integrum ob ætatem, dolum adversarii, sexum etc.) aut si aliter sententiæ acquievit eumve actum comprobavit, Marant. *h. t. n.* 317, *et* 342. Quare utile est protestari, quod per comparitionem coram inferiori non intendat renunciare juri appellandi, Bover. *Sing.* 68. *num* 1.

(15) Apud nos res integra habetur ante emissam citationem ad prosecutionem appellationis, Moller. 4. *Semestr.* 35. De hac renunciatione, vid. P. Greg. *Lib.* 8. *C.* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 8. qui septem casus distinguit. Confer Ant. Fab. *C. suo de temporib. app. defin.* 8. Impune renunciari volens intra decendium a die sententiæ, si forte ea statim interposita; post illud non nisi expensas quibus caussam dedit, adversario refundat. Cæterum, et intra decendium hoc variationem concedunt, ut appellationis interpositæ pœnitentia ductus, ad alium superiorem, ad quem etiam caussa devolvi posset, appellet. Quo de Gutierr. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 108. Cacheran. *Decis.* 131. qui contra sentire videtur, si appellationi judex a quo detulit.

(16) De appellatione tertii non pigebit te consuluisse, Gail. 1. *Obs.* 22. Covar. *Pract. QQ. C.* 15. P. Greg. *Lib.* 5. *C.* 1. Brederod. *P.* 1. *Tit.* 13. v. *Tertius.* Sed hoc interesse non sit separatum a jure principalis, P. Greg. *d. C.* 1. *n.* 21. ac de eo prius doceatur, saltem summarie, *ibid. n.* 20. aut probetur semiplene, Gabr. Sarayna *ant. ad Mathesilan. Sing.* 213. et nuncupatim caussæ seu gravamina exprimantur, Gail. *d. Obs.* 122. *n.* 6. Mathes. *d. Sing.* 123. Aliud autem si adhæreat interpositæ a principali quam, eo non prosequente, ipse prosequi potest, vid. Gail. *dict. loc.*

(17) Dominus quando pro subdito recte appellet, quod sua intersit, vid. Guid. Pap. *Decis.* 464. Gail. 1. *Obs.* 125. Maritus an et quan-

appellare permittitur, *L.* 2. §. *si is qui* et §. *ult. D. quand. ap. sit.*

XIV. Non est tamen hoc perpetuum, ut cujus interest ei appellare liceat. Non enim pertinet hoc jus ad eos quibus testamento inofficioso quid datum relictumve est, sive legatum quid sit, sive civitas data. Interest horum omnium heredem scriptum præsentem non vinci in caussa inofficiosi testamenti, quia ex inofficioso testamento de quo præsente herede scripto pronunciatum sit, neque legata neque civitates debeantur, *L. Papin.* §. *ult. D. de inoff. test. L. si prolusorio* §. 1. *D. de app.* Verumtamen non permittitur his ex supra scripta caussa appellare nisi hac lege, si dicant per collusionem esse pronunciatum aut transactum cum herede Instituto, *L.* 5. §. 1. *d. L. si prolusorio, D. de app.* Collusione objecta, non tantum his licet appellare, ubi victus heres cessavit; sed etiam appellatione ab eo interposita, possunt agere caussam appellationis, *L.* 5. §. 1. *D. de app.* Plane his ita consultum est rebus integris, ut si his vel suspecta tantum sit collusio, id est si suspicentur non ex fide heredem caussam agere, possint agere caussam apud ipsum judicem qui de testamento cognoscit, *L. suspecta, D. de inoff. test. d. L. si prolusorio, D. de app.*

XV. Ut non omnibus appellare permissum est, sic nec ab omnibus judicibus. Principio a Principe (18) appellare fas non est. Quod etiam monere stultum esse ait Ulpianus, cum ipse sit qui provocetur, *L.* 1. *D. a quibus app. non lic.* Non licet etiam a (19) Senatu, ne si Princeps quidem appelletur, *d. L.* 1. §. 1. *a quib. app. non lic.* Non licet nec a (20) Prefectis prætorio, *L. si quis, C. de app. L.*

do pro uxore sine mandato recte appellet, Gail. 1. *Obs.* 133.

(18) Quod et scite confirmat Æneas Sylvius *Tract. de Ortu et auctoritate Imp. C.* 22. *et seq.* Sicuti rivuli a mari fluentes, dum ad mare reversi sunt, quiescunt, P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 38. vid. idem *Lib.* 3. *de Appell. Cap.* 7. Bodin. 1. *de Repub.* 10. *n.* 160 *et seq.* Lancell. Conrad. *Templ. om. jud. Lib.* 1. *C.* 1. §. 4. *de præstantia et potentia Imp.* v. *sententiam inappellabilem fert, pag.* 429. *et seqq.* Matth. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisd. Parte* 1. *C.* 1. *Membro* 2. *n.* 183. *et seqq.* Paurmeist. 2. *Jurisd.* 4. *n.* 159 *et seqq.* Besold. *de Appell. C.* 2. Idem in Rege alio, Principe aut Republica quæ superiori nulli subjecta, Maranta *h. t. n.* 248. *et n.* 254. Trentacinq. *Lib.* 2. *Pract. Resol.* 1. *n.* 2. et auctores citati. Plane a sententiis Principum. a quibus lege humana appellare non licebat, ad tribunal divinum sæpius inique condemnati provocaverunt, nec omnino sine effectu. Exempla ex Historicis referunt Phil. Cameral. 3. *Op. Successiv.* 30. Jo. Marian. *Lib.* 3. *de Rege et Regis instit. C.* 12. P. Greg. 1. *de App.* 2. *n.* 10. Besold. *d. C.* 2. *n.* 13. Ventura de Valent. *Parthen. litig. Lib.* 1. *C.* 1. *n.* 38. *et* 2. *seqq.* Quid si Imperator item suam inferiori judicandam commiserit (uti potest *L.* 14. *de jurisd.* vid. *not. supra Lib.* 17. *C.* 2. *N.* 2.) victus adversarius nunquid et ad quem appellabit? *Zas. Lib.* 2. *Sing. Resp. C.* 18. censet quod tunc in appellationis quoque caussa se subjicere cognitioni non suspecti debeat. Nam, si in principali caussa noluit ipse ceu in caussa sua judicare, nec debet in appellatione, ne provisio *d. L.* 14. reddatur elusoria; ita *Zas.*

(19) Ratio quia Princeps ipse in eo ordine se numerat, et ita pars ac caput Senatus, per *L.* 8. *de dign.* ubi Goth. Philipp. Berter. *Pithanon Diatriba* 1. *C.* 7. *pag.* 78. scribens illibatam per hoc mansisse auctoritatem Principis, cum appellationum judicia, quæ consultationes dictæ, præsente in Senatu Principe, peragi aut ab eo confirmari solerent, *Nov.* 62. Olim vero, et ante orationem D. Hadriani, a Senatu prorocari potuisse ostendit B-r-ter. *d. loc.* et Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 161. Confer P. Greg. *de App.* 11. Turam. *ad L.* 9. *de LL.* Guerin. Piso Soac. *de Rom. et Venetor. magistrat. inter se comparatione n.* 21. *et seqq.* ubi nostro tempore hæc correcta esse, et annihilatum Senatum illum veterem ex Baldo refert. Et *ibid. n.* 31. hodie veram illius imaginem exprimere Senatum Venetum putat, non autem Curias supremas, vid. *infra N.* 22. Senatui Mediolanensi auctoritas a Carolo V. Imperatore concessa, ut ab eo non provocare liceat, *Relatio de Insubriæ Ducat. pag.* 219. *P.* 1. *Thesauri Politici* Philippi Honorii. A concilio universali non appellatur, Menoch. *Arb. Cap.* 458. *n.* 36. ne quidem ad Papam, ut ex Jacobatio Brederod. *P.* 1. *Tit.* 14. *ad P. Greg.* 3. *de App.* 6.

(20) Nec si ex consensu litigatorum prorogata jurisdictione cognoscat, *L.* 8. *C. de Episc. aud.* add. *L.* 17. *de minor. L.* 5. *C. de precib. Imp. offer. L.* 1. *C. de off. præf. prætor. Orientis, Nov.* 23. *Cap.* 1. *Nov.* 82. *C.* 12. *Nov.* 119. *Cap.* 5. Solus enim hic vere sacra vice judicans *L.* 16. *C. Th. de Appell.* Nec nulla major post Principem potestas. Unde Socrati *Lib.* 2. *Hist. Eccles.* dicitur μείζων ἐπάρχων ἄρχων, δεύτερος μετὰ βασιλέα. Qui solus, ut Ausonius *Epist.* 16. *ad Probum*, exceptis tribus heris (Imperii consortes innuit), herorum primus est. De auctoritate Præfectorum prætorio, Bodin. 3. *de Rep.* 6. *initio.* Berter. *Pithanon Diatriba* 1. *C.* 8. P. Fab. 1. *Semestr.* 1. 2. 3. Coras. *Epist. QQ. C.* 5. *n.* 3. *et* 4. De hoc non provocandi jure Matth. Steph. 1. *de Jurisd* 14. *n.* 30. *et seqq.* P. Greg. 3. *de App.* 12. Brederod. *P.* 1. *Tit.* 15. Qui hunc generalis legis, qua alii quoque

*unica, C. ne liceat in una ead. caus. ter provoc.* Cujus rei rationem reddit Arcadius in *L. unica, D. de off. præf. prætor.* Si ex suprascriptis Princeps ita det judicem ne (21) liceat ab eo provocari, non magis ab eo appellari potest quam ab ipso Principe: alius ita judicem dare non potest, *d. L.* 1. §. *ult. D, a quib. app. non lic.* Quod tribuitur sententiæ Principis, tribuitur et ejus (22) consiliariorum tum sententiæ tum responsis,

ejus alias judicio non subjecti tenerentur, condendæ jus habuisse, contendit Alciat. 2. *Parad.* 9. *per L.* 2. *C. de offic. Præf. Orient.* et fere Cujac. 6. *Obs.* 10. Quod refellunt Angelus a Sancto Joanne *Antiparadox.* contra Alciat. *Cap.* 4. et Guerin. Piso Soace. *de Rom. et Venet. Magistr. inter se comparat;* *n.* 99. Nam *forma* in *d. L.* 2. non legem significat generalem, sed edictum ex bono et æquo editum, ut prob. *L.* 1. *de extr. cogn.* ibi: ut præses etc. formam rei det; add. Cagnol. *ad L.* 3. *de Jurisd. n.* 277. *et seq.* Successit hic magistro equitum *L.* 1. *de off. Præf. præt.* Fenestella Pompon. Læt. et Raph. Volaterran. *de Magistratib. Rom.* Hodieque iidem fere apud Principes Mareschalci, qui olim magistri equitum, Henr. Bebel: *de Magistratib. et sacris Rom.* Inde forsan vulgatum istud, quod Elector Saxoniæ Imperii Archimareschalcus, habeatur Præfectus prætorio. Sicuti nec desunt qui Electores generatim, et Principes Electoralis familiæ Præfectis prætorio comparant, Wes. *Cons.* 40. *n.* 46. *et Cons.* 46. *n.* 2. ac ab eo citati. Quam comparationem immerito absurdam vocat Andr. Knich. *de Sax. non provoc. jure* v. *jus C.* 3. *n.* 34. quod angustius sit hoc fastigium, quia in heredes transitorium. Neque enim quæ similia in omnibus convenire oportet, alias eadem magis dicenda. Et multa immo communia huic dignitati cum illa præfectoria veteri, Heig. *P.* 1. *Q.* 4. *n.* 14. *et n.* 51. Nam uti hæc dignitas summa est in imperio et regiæ æquiparatur, vid. Moller. 1. *Semestr.* 40. Ita et olim Præfecti prætorio Regibus comparati ex *Cassiod.* Heig. *d. n.* 51. ut olim nulla major præfectoria post Principem potestas, ita hodie Electoria. Sane ex aurea Bulla Caroli IV. C. 11. omnibus Electoribus jus non provocandi competere videtur, sed reliqui de jure suo recesserunt. quod illibatum mansit Electoribus Saxoniæ et Brandeburgicis. Sed Brandeburgense privilegium non nisi Electori, Saxonicum omnibus Ducibus Saxoniæ indultum. Et ab his nullo omnino nec supplicationis, revisionis, nullitatisve remedio ad Imperatorem caussæ devolvi possunt, vid. Heig. *d. Q.* 4. Knich. *d. v. Jus C.* 2. *et v. litis provoc. nescium C.* 3. Neque ea re majestas Imperatoris læditur, vid. Thom. Michael. *de Jurisd. Conclus.* 26. Gerlac. Buxtorfius *Dissertat. in* 17. *priora aureæ Bullæ Caroli IV. Capita Concl.* 94. *lit. C.* Diss. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 62. Georg. de Cabedo *P.* 2. *Decis.* 40. *n.* 12. Cardinales quoque Præfectis prætorio in hoc comparat *Gl. in L.* 1. *C. de off. Præf. præt.* Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 15. Jac. Omphal. *Lib.* 7. *de Usurpat. legum C.* 2. *n.* 11. Nec desunt, qui Regibus illos exæquant. Patriarchæ sententiam appellationi non subjacere habetur *Delectu legum compendiario Leonis et Constantini Tit.* 10. §. 6. *Tomo* 2, *Jur. Græco Rom.* a Leunclavio editi.

(21) Vulgo appellant cui caussa delegata cum clausula, appellatione remota. Quo de *C. pastoralis* 53. *C. inquisitioni* 7. *Extra. h. t.* fuse P. Greg. 2. *de App.* 20. quem vidi, et Marant. *h. t. n.* 336. *et seqq.* Viv. *Lib.* 1. *Decis.* 69. Myns. 1. *Obs.* 3. Pinel. *in Rub. C. de resc. vend. P.* 1, *Cap.* 2. *n.* 22. (ubi hac re non tolli defensionem contendit, cum ut plures instantiæ sint, merita caussæ non concernant) Paul. Æmil. *Decis. Rotæ* 33. *P.* 1. ubi per eam non excludi notorium gravamen Sed nec nullitatem. nec restitutionem in integrum, nec suspecti quæstionem remotam esse ita censet, idemque in privilegiis de non appellando, intra certam summam statuendum, Panrmeist. 2. *de Jurisd.* 4. *n.* 146. modo seorsim proponatur, secus si appellationi permixta nullitas, aut incidenter veniat. Gravat, *ad Vestr. Lib.* 8. *Cap.* 1. *n.* 24. Vant. *Tit. Qui poss. dic. de Nullit. n.* 33. nec reconventionem, vid. Theoph. Gisebert. *de Reconvent. C.* 23. Sed si conventio delegata cum hac clausula. et reconventio cum eadem intelligitur, per *C.* 2. *Extra. de mutuis petit.* Zang. *in prælect. ad C.* 41. 53. *et* 71. conjuncta *Extra. h. t.* add. Besold. *h. t. C.* 2. *n.* 18. Num a judice cui arbitrium concessum appelletur. Menoch. *Arb. Q.* 70. et num a dato ita ut secundum conscientiam judicet, P. Greg. 3. *de Appellat.* 15. aut in cujus conscientia et arbitrio partes decisionem constituerunt, Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 230. *n.* 10. qui negativam statuit, si is juret se juxta dictamen conscientiæ pronunciasse,

(22) Ita Maranta *h. t. n.* 251. Atque huc referendæ supremæ curiæ regnorum, veluti Parlamenta Franciæ et cumprimis Camera Imperialis. Neque enim apte Senatui Romano eas comparari ostendit Guerin. Piso Soace. *de Rom. et Venet. magistr. n.* 26. Nec scite admodum Præfectis prætorio conferuntur a Rol. a Valle *Cons.* 1. *n.* 18. (citante Goth. *ad L.* 1. *C. de of. Præf. præt.*) Guid. Pap. *Decis.* 50. Tessauro *Dec.* 2. *n.* 1. P. Greg. 3. *de App.* 11. *n.* 1. P. Heigio *P.* 1. *Q.* 10. *n.* 34. Utut sit, alio modo est hæc potestas penes curias istas, etsi judicent inconsulto Principe, nempe per modum veluti commissionis vel delegationis, nomine alieno, ex legibus ab alio præscriptis; alio apud ipsum Principem. jure proprio, P. Greg. 9. *de Rep.* 1. *n.* 38. Velu-

cum Princeps super aliqua caussa consulitur, et a consiliariis ejus caussa examinatur, *L. Jubemus. L. seq. C. de app.* Hinc quæsitum.

XVI. An adversus rescriptum Principis provocari possit. Par enim videtur ut quod a Principe pariter proficiscitur, pariter ab eo non possit provocari propter Principis auctoritatem; sed placet hoc posterius fieri posse, *L. 1. §. 1. D. de app.* utrumque optima ratione. Nam in sententia Princeps de facto cognoscit atque ita judicat: in rescripto non cognoscit de facto; sed rem ita accipiens ut proponitur, tantum de jure, id est quid faciendum in proposito et sequendum videatur respondet: sic fit ut qui a sententia Principis appellat, is Principis auctoritatem et æqui[illegible], quasi is aut imperite aut inique judicarit. Qui autem appellat adversus rescriptum Principis, is non de Principe, sed de consultoris mendacio et improbitate queratur. Adversus quæ æquom est apud ipsum Principem auxilium superesse; et quidem ita sunt constitutiones de hac re, ut non aliter adversus rescriptum appellari possit quam si dicatur ea quæ Principi a consultore exposita sunt non (23) ita se habere ut sunt exposita, *L. 1. §. 1. D. de appell.* Unde factum est ut, si cum Imperatori scriberetur, exemplum literarum litigatori editum sit, neque is appellaverit, et contra eum rescriptum sit; placere a literis pridem editis appellari non posse,

ri dixi; neque enim neganda est his curiis jurisdictio ordinaria, Gail. 1. *Obs.* 41. *n.* 5. Thom. Michael. *de Jurisd. etc. Concl.* 33. Cæterum, uti olim sententiæ Præfectorum prætorio retractationi subjacebant, et supplicare contra illas Principi, aut rogationes ad eum ferre (ut Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 161.) licebat *L.* 5. *et auth. seq. C. de precib. Imp. off. Novell.* 83. *Cap.* 12. *Nov.* 115. *Cap.* 1. *Novel.* 119. *Cap.* 5. Cujac. 12. *Observ.* 3. Jac. Ferrer. *Addit. ad Guid. Pap. Decis.* 5. ita et hodie non exiguus supplicationum usus, quibus affines Revisiones, quæ usurpantur. De utriusque opportunus hic tractandi locus foret, sed locus non est. Consulere potes de illis Menoch. 1. *Arb. Q.* 70. *et Q.* 71. *n.* 10. *et seqq. et Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 895. *et seqq.* Lanc. *de Attent. Parte* 2. *Cap.* 19. Maranta *hoc tit. n.* 12. *et seqq. usque ad n.* 24. ubi in quibus conveniat appellationi, in quibus different, satis exponit P. Gregor. 1. *de App.* 6. Myns. 6. *Obs.* 15. Hering. *de Fidej. C.* 5. *n.* 291. *et seqq.* Trentacinq. 2. *Pract. Resol. hoc tit. Resol.* 1. *n.* 4. (ubi docet admitti hanc ubi ratione personæ non licita appellatio. Ubi autem ex natura caussæ prohibita illa, etiam hæc add. Vinc. de Franch. *Decis.* 148. *n.* 4. *et* 6.) De his (Revisionibus, aut recognitionibus, ut vocat Oldend.) ex professo Jo. Ludovic. Bender. *Tr. de Revisione*, Gail. 1. *Obs.* 154. *et seqq.* P. Frider. 2. *de Mandat. judic. Cap.* 28. Rulant, *de Commiss. P.* 1. *Lib.* 2. *Cap.* 21. *et Parte* 3. *Lib.* 9. *Cap.* 18. Georg. de Cabedo. *Parte* 1. *Decis.* 12. Knich. *de Sax. non provoc. jur. v. Jus Cap.* 5. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 15. *n.* 88. *et* 2. *seqq. et Cap.* 20. §. 20. *n.* 26. *et seqq.* Heig. *P.* 1. *Q.* 10. *n.* 58. *et seqq.* Enimvero, etsi hæ bono fine inductæ, pessimus tamen earum abusus merito corrigendus, vid. Ventur. de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 14. *n.* 13. *et seqq.* Quæ, etsi in foro nostro tentatæ pluries, impetratas tamen nunquam esse testatur Heig. *d. Q.* 10. *n.* 52. id commendans in *seqq.* Sed et Moll. 1. *Semestr.* 38. memorat quoties supplicationes, quod appellatio deficeret, porrectæ in aula Electoris, toties rejectas esse. Nec temere, ut putat, quia in curia Provocationum, secunda etiam leuteratio, vulgo *D. berleuterung* permissa.

(23) Connan. 1. *Comm.* 15. *n.* 7. Atque ita *d.* §. 1. exaudiunt de appellatione, non a rescripto ipsius Principis, sed a sententia judicis inferioris, juxta id rescriptum ad consultationem ejusdem emissum lata, Cornel. Beneincas. *de Constitut. Q.* 6. *n.* 28. P. Heig. *P.* 1. *Q.* 10. *n.* 25. P. Greg. 2. *de App.* 2. *n.* 2. *et* 3. docens a concessione rescripti non provocari, sed contra effectum ejus et executionem, add. Besold. *h. tit. C.* 2. *n.* 11. Cæterum, a Principe male consulto seu minus informato ad eundem melius informandum recte provocari volunt, vid. Bodin. 1. *de Rep.* 10. *n.* 163. Chassanæ. *Catal. gloriæ mund. P.* 5. *Consid.* 24. *n.* 103. Et Sane P. Greg. 2. *de App.* 7. *n.* 9. non quidem per modum appellationis, cum superiorem ea requirat, ast supplicationis provocationem hanc fieri docet ut plenius attentiusque cognoscere velit, et sequitur Besold. *d. C.* 2. *n.* 10. Sicuti et Menochius post alios *Arb. Q.* 27. *n.* 21. Lancelt. Conrad. *Templ. om. jud. Lib.* 1. *Cap.* 1. §. 4. *de præstant. et potentia Imp. v. sententiam inappellabilem fert, n.* 9. a sententia Principis recursum haberi ad ipsummet Principem, ut caussam revideat. Attamen Gail. 1. *Obs. ult. in fin.* appellationem hujusmodi absurdam vocat, concordi statuum voto rejectam, quippe cum Cæsar tot Procerum Senatu stipatus sententias inconsulte non proferat. Et Heig. *d. Q.* 10. *n.* 18. *et seqq.* nullum ei locum esse posse, nisi ubi ad relationem et falsam suggestionem alterius a Principe judicatum. Quod si caussa examinata, partibus auditis, in sacro auditorio lata sententia, quis Principem incuriæ aut negligentiæ arguet, cum et conatus ita terminatam quæstionem exquisito suffragio refricare annitentis, ignominiæ aliisque pœnis coerceatur, *L.* 2. *C. ut lit. pend.*

quasi qui tum non appellavit, vera esse quæ scripta sunt conseuserit, *L. ult. D. quando appell. sit.*

XVII. Si superiores exceperis, a judice (24) quovis qui de re judicarit appellari potest, etsi in judice dando rescripti Principis auctoritas intervenerit, *L. 2. L. etiam, L. a proconsulibus, C. de app.* Itaque a Præsidis sententia appellandi jus est, etiam tunc cum Princeps deportato insulam assignavit, *L. 1. in pr. D. quan. app. sit.*

XVIII. Ab executore sententiæ appellare non licet, *L. ab executore, D. de appellat. L. ab executione, C. quor. app. non.* Interest enim publice non differri rerum judicatarum et plane peractarum executionem; idque adeo verum est ut appellare non liceat ab executore (25) quanvis suspecto, ut in *c. novit, 43. Extr. de appell.* nisi si dicatur male sententiam interpretari. Ubi bactenus appellandi facultas est, ut in caussis appellationis reddendis, hoc solum quæratur an jure interpretatum sit, *L. 4. D. de app.* Is videtur male sententiam interpretari, qui judicationis modum excedit, *L. 5. C. quor. app. non recip.* Quod non solum in civilibus caussis sed etiam in criminalibus valere debet; sunt enim hodie pœnæ fere extraordinariæ. Si legitimæ essent, ut quæ legibus publicarum quæstionum constitutæ sunt, non licet a pœna appellare, quia hoc esset a lege appellare; quod non licet, *c. consuluit, Extr. de app.* Nunc, ut dixi, sunt extraordinariæ et arbitrariæ, *L. hodie, D. de pœn.* Si igitur in executione modus excedatur, æquum est (26) licere appellare. Et hæc olim differentia fuit inter pœnam et mulctam; ab illa enim non licebat appellare quia lex non judex eam statueret; ab hac (27) licuit semper quia judex infligit, *L. quia pœna,* et ibi *Accursius, D. de verb. signif.*

XIX. Jam vero et caussæ quædam sunt,

(24) Num et a Rectore vel Senatu Academico? Sunt qui negant posse sine perjurii reatu, Rebuff. *Privil. Schol.* 158. Sed de hoc vid. P. Gregor. 4. *de App.* 13. et Matth. Steph. *Lib.* 3. *de Jurisd. P.* 2. *C.* 12. *n.* 63. *et seqq.*

(25) Quia exsecutio judici qui sententiam tulit tribuenda potius quam exsequenti, qui nudam facti explicationem duntaxat veluti instrumentum judicis habet, ac de novo nihil facit, sed mandatis factum persequitur, Joan. Wamesius *ad d. Cap.* 43. De appellatione ab excessu in exsequendo, item a pronunciatione de exsequendo etc. utiliter consules Marant. *h. t. n.* 259. *et seqq.* P. Greg. 2. *de App.* 11. Trentacinq. 2. *Pract. Res. h. t. Resol.* 12. Parlad. 2. *Rer. Quotid. Cap. fin. Parte* 2. §. 3. *et P.* 5. §. 15. Gail. *de Arrest. Imperii. Cap.* 11. *n.* 20. Myns. 3. *Obs.* 83. Vasq. 2. *Contr. usu freq.* 38. *n.* 6. *et* 7. Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 33. *n.* 14. *et seqq.* Scip. Gentil. 2. *de Jurisd.* 31. Knich. *de Sax. non provoc. jure v. jus. Cap.* 2. *n.* 150. Coler. *Cons.* 2. Wes. *Cons.* 100. *Decis. noviss. Rotæ.* 100. *P.* 1. Anton. Fab. *C. suo h. t. defin.* 28. *et seq.* Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 29. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decis.* 28. *n.* 6. *et seq. Tomo* 3. *Decis.* 7. *n.* 11. *et* 2. *seqq. ac Tomo* 4. *Decis.* 4. Confer M. Anton. de Amatis *Decis.* 75. Surd. *Decis.* 27. ubi tractat num liquidatio instrumenti gaudeat privilegio ne appelletur.

(26) Vult hoc Donellus, quod etiam convictus de crimine et confessus possit appellare a pœna, conquerendo non quod delictum non commiserit, sed quod pœna justo acerbior. Convenit Cujac. 8. *Obs.* 33. sed repugnant Goed. *ad L.* 131. §. 1. *de V. S. n.* 7. et Rauch. *P.* 2. *Q.* 8. *n.* 19. *et seqq.* Quam litem non dirimo. pinguius autem *d. L.* 13. accipi a Cujacio et Donello non ambigo. Enimvero inveterata Germaniæ consuetudine appellationes in criminalibus illicitas esse, notant Myns. 4. *Obs.* 41. *et Decad.* 1. *Resp.* 7. *n.* 12. Gail. 1. *Obs.* 1. *n.* 28. *et* 1. *de Pace publ.* 20. *in fin.* P. Frider. 1. *de Process.* 9. *n.* 7. *et* 2. *de Mand. judic.* 27. *n.* 32. Et in plerisque Italiæ partibus a sententia criminali nec definitiva nec interlocutoria appellari, nisi in casibus habentibus pœnam mixtam, scribit Petr. Caball. *Resolut. criminal. Casu* 100. *n.* 17. et de Belgii consuetudine testatur Leonin. 7. *Emend.* 6. *n.* 5. Amplius Scaccia 1. *de judic.* 97. *n.* 62. totius fere orbis Christiani statutis ita caveri. In quem morem etsi acriter invehantur Broidæ. *Supplem. Hist. fori Polletti Lib.* 5. *Cap.* 16. Sich. *in L.* 16. *C. de jure delib. n.* 24. et Scip. Gentil. 3. *de Jurisd.* 11. gravi tamen ratione non caret. Sed de eo vid. præter jam citatos P. Greg. 2. *de App.* 8. Besold. *h. t. n.* 3. *et* 4. Bender. *de Revisione Concl.* 33. Jo. Wames. *ad Cap.* 5. §. *præterea Extra. h. t. n.* Knich. *de Sax. non provoc. jure v. jus Cap.* 2. *n.* 9. *et seqq.* Bocer. de *Jurisd. Cap.* 3. *n.* 83. *et seqq.* Paurmeist. 2. *de Jurisd.* 4. *n.* 153. *et seqq.* Dauth. *de Testam. n.* 208. Coler. *Decis.* 132. Rauch. *P.* 2. *Q.* 8. Moller. 4. *Semest.* 32. ubi hoc non ita indistincte obtinere ostendit. Tempore Friderici II. receptam fuisse patet ex Petr. de Vineis *Lib* 5. *Epist.* 27.

(27) Illic de iniquitate hominis conqueri licet, cujus arbitrium exorbitare potest; hic legis iniquitatem incusare non licet. Nam ut a Principe appellari nequit, quo nullus superior, ita nec a lege, Govean. ad *L.* 1. *de jurisd. n.* 8. Jo. Wames. *ad C.* 3. *Extra. h. tit.* Goed. *ad L.* 131. §. 1. *de V. S. n.* 7. Bodin. 3. *de Rep.* 5. *n.* 305. vid. et Myns. 3. *Obs.* 46. Gutierez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 30. *n.* 2. Frider. 2. *de Mand. judic.* 17 *n.* 17. *et seq.* Matth. Steph. 1. *de jurisd.* 6. *n.* 46. *et seqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 6. Besold. *h. tit. Cap.* 7. *n.* 5. *etc.*

de quibus appellatio non recipitur. Et jus in re ita se habet ut, sive res de qua judicatum est dilationem nun ferat eademque ad utilitatem publicam pertineat, sive sententia quamvis confirmata vel nihil vel non admodum noceat adversario; sive quod fieri debet, id ex edicto perpetuo, vel alio certo jure decernatur, non admittatur appellatio, quia res sint ejusmodi de quibus sententiæ executio differri debere non videatur.

XX. Primi generis est, si agatur ut (28) frumentum in usum militum in annonæ subsidia contrahatur, *L. ult. D. de app. recip.* Eodem referri debet quod constitutum est, ne in re appellare liceat quod fisco aut Principi deberi evidenter constiterit, sive ex contractu debeatur, sive ex tributorum aut publicorum caussa, *L. 4. L. ult. C. quor. ap. non recip.* Nihil enim ex iis quæ fisco aut privato ærario Principis debentur, differri posse videtur sine incommodo publico. Non abs re est quod dixi, in re appellari non licere, quod fisco deberi evidenter constiterit. Nam primum in his quæ fisco vindicantur, ut bonis vacantibus et iis quæ ut indignis legibus auferuntur, constitutum est lata sententia (29) provocari posse, *L. lata, C. de app.* Tum autem in *L. quoniam nonnulli, C. de app.* significatur et fisci debitores posse provocare. Quod ita cum superiuribus conciliandum est, ut intelligatur id eis facere licere hac conditione, dum querantur se non aperte esse convictos. Et hoc est quod dicitur in *L. penult. D. de app. recip.* posse adversus fiscum appellari.

XXI. Ad secundum genus pertinet quod constitutum est, appellari non licere ne testamentum aperiatur neve heres scriptus in possessionem (30) inducatur, *d. L. ult. D. de app. recip.* Quid enim æquius quam id statim concedi quod petenti prodest, deneganti adversario nihil nocet? Utrumque vero horum usque eo æquum visum est Gratiano, Valentiniano et Theodosio Imperatoribus, ut pœnam viginti librarum auri denunciarint non tantum ei qui adversus hæc provocaverit, sed etiam judici qui receperit appellationem, *L. quisquis, C. quor. app. non recip.* Ex hac ratione est quod placuit etiam a sententia quæ de possessione lata est appellari non posse, *L. unica, C. si de momen. poss. fuer. app.* Etsi enim aliquid incommodi est, adversarium possessorem pronunciari propter onus probationis, non est tamen sententia ejusmodi quæ plenum præjudicium afferat victo; quia plenior cognitio de proprietate, et justa possessione in directum judicium differatur. Unde et possessio de qua ante judicium proprietatis judicatur, momentaria dicitur (31) in *d. tit. C. si de momen. poss. fuer. app.*

XXII. Postremi generis est, si appelletur

(28) Vulgo DD. hoc ad caussam alimentorum privatis debitorum protrahunt, varie tamen distinguentes, utrum petantur jure actionis, an officio judicis; num futura an præterita; num inops sit qui petit vel secus, et inde appellationem quandoque non admitti docent, quandoque illi effectum devolutivum concedunt, suspensivum autem negant. Adi Petr. Barbos. *in L. 1. D. sol. matr. Parte 1. n. 56. et seqq.* Gutierrez. *Lib. 1. Pract Q.* 106. Georg. de Cabedo *P. 1. Decis.* 66. Reusner. *Lib. 1. Decis.* 15. *noviss. Decis. Rotæ* 764. *P. 1.* P. Æmil. *Decis. Rotæ* 39. *P 1.* Fachin. 1. *Contr.* 77. Brederod. *h. Tr. P. 1. Tit.* 19.

(29) Vid. Marant. *h. tit. n.* 300. qui distinguit an de lucro an damno agat Fiscus, et P. Greg. 2. *de App.* 9. qui ita ut Donellus, ubi et eandem caussam decimarum statuit. De quo Marant. *n.* 304. Myns. 5. *Observ.* 10. Hartm. Hartm. filius *Addit. ad Observ.* 9. *in Miscell. C.* 21. Meichsner. *Tomo 1. Lib. 1. Decis. Cam.* 22. *n.* 6.

(30) Vid. Tiraq. *Tr.* Le mort saisis le vif, *P.* 6. *Declar.* 6. Menoch. *Adip. poss. Remed.* 4. *n.* 807. *et seqq.* Fachin. 1. *Contr.* 76. Sic nec a sententia, qua quis mittitur in possessionem, Meichsner. *Tomo 1 Lib. 1. Decis. Cam.* 6. *n.* 16.

(31) Et ita de quovis possessorio *d. L. un.* accipit Donellus, vid. *supra Lib.* 17. *C.* 4. *n.* 23. vers. *est. autem.* Cui consentit Gomez. *in L. Tauri* 45. *n.* 194. quia præjudicium modicum, in judicio proprietatis reparatu facile, et Sarmient. 2. *Select. Interpret.* 13. qui summariissimum possessorium, quod vocant, juri ignotum censet, cum olim quodvis possessorium longe eltius quam summariissimum hodie solet, expediretur. Enimvero, ex quo usu hodierno lis de possessione sæpe longissimo durat tempore, eo inspecto non incongruum est, *d. L. un.* ad summariissimum istud restringere. Quomodo et Camera in plenario possessorio appellationem recipit, Gail. 1. *Observ.* 7. *n.* 7. De appellatione a possessorio plura expetens. adeat plures antiquos relatos, Tiraquel. *Tr.* Le mort saisit le vif *P.* 6. *Declar.* 6. *n.* 5. Ex nuperioribus, quos nos adivimus, Gomez. et Sarmient. *dd. loc.* Oldend. *de Jure et æquitate Tit.* 12. Menoch. *passim in Sing. Remed. maxime* 9. *Recup. n.* 316. *et seqq.* Coras. *in L.* 12. §. 1. *de acq. poss. P.* 1. *n.* 8. Vasq. *Contr. usu freq.* 38. *et* 40. Vestr. *Pract. Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 5. et *seqq.* Maranta *h. tit. n.* 305. *et seqq.* P. Gregor. 2. *de App.* 5. Besold. *h. Tr. C.* 7. *n.* 9. Trentacinq. 2. *Pract. Resol.* 14. Myns. 6. *Observ.* 13. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 12. Hartm. *Tit.*

ne bonorum possessio Unde liberi ex Carboniano edicto decernatur impuberi cui sit controversia an sit inter liberos: item ne pignus vendere liceat; de quibus in *d.* (32) *L. ult. D. de app. recip.* Cæteræ caussæ sunt (33) ejusmodi ut in his, sive majores sive minores sint, jus sit provocandi, *L. et in majoribus, L. si quis, C. de appell.* Itaque etiam a sententia quæ pro libertate dicta est appellari potest, quanvis adversus eam cesset in integrum restitutio, *D. illud, D. de app.*

XXIII. Quod ad genus sententiæ attinet, non est visum utile Rumanis ab alia sententia appellari posse, quam ab ea qua finis liti imponitur, quam ideo definitivam vocant, *L. permit. C. quor. app. non recip.* Itaque vetant ab interlocutione ante eventum ejus sententiæ appellari, præterquam si judex id fieri jubeat cujus facti damnum aut injuria sententia definitiva (34) sarciri non potest; veluti, si quæstionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit vel in criminali,

19. *Observ.* 24. Wes. *Cons.* 1. Decian. *Vol.* 1. *Resp.* 45. Afflict. *Decis.* 269. M. Anton. de Amatis *Decis.* 13. *Et Decis.* 88. Vinc. de Franch. *Decis.* 288. Achill. de Grassis *Decis.* 246. Cacheran. *Decis.* 25. *et* 47. Fachinæ. 1. *Contr.* 75. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 6.

(32) Generatim si sententia notorie justa, vel ex confessione appellantis, quia si ideo a Præfecto Prætorio non appellatur, quia creditur juste judicaturus, magis quando vere constat, et sic justitia judicii caussa inbibendæ appellationis. Salomonius *in L. un. de offic. præfect. præt.* add. *not. supra N.* 3. Et ita nostri non recipi in notoriis, vid. Marant. *hoc tit. n.* 293. Vestr. *Pract. Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 13. *et seqq.* P. Gregor. 2. *de Appell.* 26. Besold. *hoc tit. Cap.* 6. *n.* 2. debitis liquidis, vid. Ventura de Valent. *Parthenii litig. Lib.* 2. *Cap.* 11. *n.* 20. et Coler. *de Process. exsec. P.* 4. *C.* 2. *n.* 18. *et seq.* a sententia de reddendis rationibus, Munnoz. *de Ratiocin. Cap.* 4. *n.* 5. a judicio sortis, quia gravamen infertur a fortuna cui non est superior, post alios Tiraquel. *de jure primigen. Q.* 17 *Opin.* 1. *n.* 95. Sebast. Medic. *de Casibus fortuit. P.* 2. 10. *n.* 141. Zobel. *Diff. jur. civ. et Sax.* 42. *P.* 1. *n.* 6. *et* 7. Marant. *hoc tit. n* 257. P. Gregor. 2. *de Appell.* 19. Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 20. Ventura de Valent. *d. Lib.* 2. *Cap.* 5. *n.* 10.

(33) Plures tamen caussæ exceptæ apud Interpretes habentur, quarum aliquas jam retulimus in præcedentibus, et Lanc. Conrad. *de Offic. præt. in causs. civil.* v. *appellatio n.* 9. *casus* 80. quibus appellare non liceat, recenset Marant. *h. tit. n.* 280. *usque ad n.* 366. caussas 45. refert. Inter quas caussæ jurejurando delato a parte adversa decisæ, vid. *d. N.* 3. *ad Comment. in Tit. D. de jurejur. Cap.* 9. *etc.* Studiorum, si in eorum favorem lata sententia, vid. P. Greg. 2. *de App.* 24. mercedis pauperi debitæ, *Decis. Rotæ noviss.* 764. *P.* 1. an et cujusvis piæ caussæ, vid. Tiraq. Privil. piæ caussæ 153. an et dotis. vid. Gomez. *in L. Tauri* 50. *et* 3. *seqq. n.* 54. Et immo jure civili in caussis minimis exiguæ summæ non appellari censet Marant. *h. t. n.* 326. *et seq.* exponens in *d. L.* 20. *majoribus*, id est criminalibus, *minoribus*, id est civilibus. Attamen Pontifex *C. de Appell.* 11. *Extr. hoc tit.* pro quacunque levi et minima caussa, ut deferatur appellationi præcipit. Sane Imperator Justinianus *Novell.* 31. *Cap.* 1. summo se studio cavisse memorat, ne appellationes intra 500. solidos ad aulam suam deferantur. add. *Novell.* 23. *Cap.* 3. Facit *Novell.* 69. *Cap.* 1. *in fin.* Hodieque non tantum certa quantitas præscripta intra quam consistentes lites provocatione ad Curiam imperii devolvi nequeunt, vid. *not. supra Lib.* 17. *Cap.* 9. *N.* 10. *sub fin.* et confer P. Greg. 3. *de Appell.* 16. sed et plerisque imperii statibus privilegia indulta, ne intra certam summam ab iis Camera appelletur; quæ immerito damnat Blarer. *in L. diffamari, Cap.* 10. *n.* 34.

(34) Ita et post Bart. Theod. Straitman. *Antinom. LL. civil. Cap.* 24. Broidæ. *Supplem. Hist. fori. Polletti Lib.* 5. *Cap.* 17. *pag.* 549. Bronch. 2. *Misc.* 73. Gæd. *de Sequestr. Cap.* 1. *n.* 156. Zoannel. *Rer. Quotid. Cap.* 21. *n.* 8. *et* 9. Blarer. *in L. diffamari, Cap.* 10. *n.* 8. *et seqq.* Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 14. aut si ægre reparari possit, ut si rejecta probatio, Surd. *Decis.* 36. *n.* 13. Quod est contra *L.* 36. *h. t.* si in caussa appellationis examinari non possit, *L.* 9. *Qui sat. cog.* Alb. Galeot. *Margaritæ aureæ Rap.* 26. *n.* 2 si vim definitivæ habeat, Mathesilan. *Sing.* 39. *ibique in annot.* Gabr. Sarayna, et DD. citati et citandi passim, ubi ita procedendum ac si a definitiva appellatum esset, Thom. Trivisan. *Lib.* 1. *Decis.* 13. cum alias in appellatione ab interlocutoria ipsum gravamen expresse designare oporteat, (vid. Menoch. 1. *Præsump.* *Q.* 45. *n.* 11. Coler. *Decis.* 269.) nec postea alia producere liceat; a definitiva vero non necesse sit, Instrumenta appellationis exprimere, ut *infra N.* 43. Damhuder, *Praxi civ. Cap.* 236. *n.* 6. Et ubi a tali interlocutoria quæ jus alicujus totum absorbet appellatum, postea non locum esse appellationi a definitiva tradit post Gofred. idem Damhuder. *Praxi Civil. Cap.* 144. *n.* 13. Sed et si appellatio hujusmodi non admissa ceu frivola, neque a rejectione ea quoque appellatum, censeatur deserta ita, ut tale gravamen per appellationem a definitiva deinde reparari nequeat; quod notandum, Myns. 2. *Obs.* 49. Plura de his expetens petat ex laudatis jam auctoribus locis citatis. Quos præter, consuli quoque possunt Menoch. *Arb. Cap.* 490. *et Adip. possess. Remed.* 4. *n.* 807. *et seqq.* Marant. *hoc tit. n.* 140. *et seqq.*

*si* contra leges hæc faciat, *L.* 2. *D. de appell. recip.* Exemplum est etiam in sententia pro ætate minoris dicta, a qua placet statim appellari posse, antequam de reliquis caussis in integrum restitutionis cognitum, et de in integrum restitutione judicatum sit. In *L. intra, D. de min.* Nempe ideo quia sententia dicta pro ætate præjudicium certum adfert reliquæ cognitioni, quod nisi præsente appellatione arceri non potest. Et merito vetant. Nam si licebit ut quidque dilationibus aut testibus producendis instrumentisve proferendis, aut de loco vel tempore cognoscendi in quavis parte judicii jussum vetitumve erit contra appellare, ex una lite (35) infinitæ non necessario nascentur, fientque adeo lites immortales. Quod ita esse Gallia contrario jure usa magno suo malo jam pridem experitur. Neque ideo interlocutio quæ injusta videbitur, litigatori nocebit. Nam si dilatio, exempli gratia, mihi denegata aut adversario concessa, mibi ad victoriam nihil nocet, cum mihi liceat ab ea appellare; sin caussæ dammum attulit (quod quomodo contingat dixi sup. lib. xxiv. cap. 6.) est quidem æquissimum hanc injuriam corrigi; sed satis esse debet, si re judicata in eam rem mihi idonee consulatur. Quod quomodo fiat ibidem a me expositum est. Idem dicimus in cæteris omnibus quæ judex jubeat aut vetet.

XXIV. Iure autem Canonico generaliter et ab interlocutoria et omni gravamine appellare licet, *cap. super, Extr. de appellat. cap.* 1. *eod. tit. lib.* 6. *cap.* 2. *de dol. et contum. eod. lib.* imo etiam a futuro gravamine, cujus scilicet justa (36) suspicio videatur, *cap.* 2 *Extr. de coniug. serv.* et *cap. cum dilecti, Extr. de dol. et contum.* adeoque etiam ante litem contestatam, *cap.* 1. *de appell. in* 6. Et quidem etiam extra judicium in omni loco, parte adversaria præsente: quæ proprie provocatio vel interpellatio est, ad caussam agendam, magis (37) quam appellatio: et fere contemnitur *d. cap.* 1. et *cap.* 2. *de dol. et contum. in* 6. Quæ omnia a jure civili abhorrent, ut et illud sine voce ulla, sine literis ullis licere appellare solo facto, puta (38) eundo ad Pontificem, *cap. dilecti*, 52. *Extr. de appellat.* vel submittendo se patrocinio tuitiunive ejus, *cap. ad audientiam*, 34. et *cap. dilectis.* 55. *Extr. de appellat.*

XXV. De numero appellationum breve est quod jure constitutum est. Nempe vetat in eadem lite, eadem de re (39) tertium provocare, *L. unica, Cod. ne liceat in una ead.*

P. Gregor. *de App.* 4. Besold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 6. 7. 8. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 13 Vasq. 1. *Ill. Contr.* 41. *usque ad n.* 16. Octav. Vestr. *Pract. aulæ Rom. Lib.* 3. *Cap.* 16. *et Lib.* 7. *Cap.* 3. *n.* 2. *et* 3. et ubi ibique Gravat. Ayrer. *Process. Parte* 1. *Cap* 6. *Obs.* 4. Myns. 4. *Obs.* 46. Gail. 1. *Obs.* 129. *et seq.* Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 14. Stalic. *Obs. Pract. Cap.* 9. *et* 10. Guid. Pap. *Decis.* 10. 12. 74. *et seq.* ibique annotatores, Cacher. *Decis.* 6. M. Ant. de Amat. *Decis.* 59. Jo. P. Surd. *Decis.* 36. Georg. de Gabelo *P.* 1. *Decis.* 59. Ant. Gamma *Decis.* 159. Gilm. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 10. *n.* 58. *et seqq. et Decis.* 30. *ac Lib.* 2. *Decis.* 26. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 1. *et def.* 3. *ac seqq.*

(35) Hæc ratio redditur in Constitutione Justiniani ex Basilicis restituta a Cujac. 12. *Obs.* 3. et est nunc *L.* 36. *C. h. t.* Ac censetur frustratoriæ dilationis caussa interponi. *L.* 2. *C. de Epis. aud.* Et appellatio ab articulo inhibetur, *L.* 5. *Cod. Quor. app. non recip.* ubi Cujac. 12. *Observ.* 6. articulum exponit interlocutionem, etsi aliter Alciat. 11. *Parerg.* 14. ita accipiens, quod si appellans dicat executorem modum excessisse, adversarius autem neget, tunc super articulo lis, ut judex appellationis cognoscat caussa appellationem recipiat nec ne. Diss. Bart. *ad L.* 39. *de minor.* scribens nulla lege vetari ne ab interlocutione contra leges prolata appelletur. Plane jus Saxonicum consuetudinarium in hoc Canonico convenire notant Reinhard. *inter Diff.* Zobel. *P.* 1. *Diff.* 41. *n.* 9. Coler. *Decis.* 269. Sed Camera ex dicta ratione sequitur jus civile, Gail. 1. *Obs.* 129. Specialeque quoque favore studiorum, ut ab interlocutoria jure civili teneat provocatio, ut Rebuff. *Privil. schol.* 163. Pac. *ad auth. habita Cap.* 9. *n.* 30. et alii.

(36) Modo non nimis vaga sit et generalis, vid. Marant. *hoc tit. n.* 354. P. Gregor. 2. *de App.* 18. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 9. Speckhan. *Cent.* 2. *Cl.* 4. *Q.* 36. De appellatione ab incarceratione vid. P. Greg. 2. *de App.* 4. *n.* 18. *et seqq.* Guid. Pap. *Decis.* 235. *et seq.* Wes. *Cons.* 43.

(37) De appellatione hac extrajudiciali quæ non suspendit gesta, sed protectioni superioris subjicit ne gravamen inferatur, nec inhibitio inde decerni solet, ac fere vim conventionis habet; vid. Gail. 1. *Obs.* 120. Marant. *hoc tit. n.* 278. *et seq.* P. Greg. 1. *de App.* 11. *et* 12. *ac Lib* 4. *Cap.* 16. Besold. *h. Tr. Cap.* 7. *n.* 12. et quos longa serie laudat Simon Guother. *Thesauro practicantium inexplicat. Tabulæ analyt. etc. n.* 75.

(38) Vid. Lancel. Conrad. *de Offic. Praet. in caussis civil. v. appellatio n.* 11. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ultim. n.* 6. ibique Gravat. *n.* 27.

(39) *Novell.* 82. *Cap.* 5. Itaque Plato olim definivit *Dial.* 6. *de LL. fol. m.* 857. Si duo judicia litem dirimere non possunt, tertium

*caus. tert. provoc.* et *cap. tua nobis*, 65. *Extr. de appell.* juncto *cap. directæ*, 39. *eod. tit.* Dixi quibus de caussis in totum prohibeatur jure appellatio. Videamus quod est proximum, quoniam cum ea admittitur non admittitur nisi certa lege, quid in ea re facto sit opus, quo prætermisso, nihilo magis appellare liceat quam supra.

XXVI. Et in justa appellatione duo observanda sunt: Tempus appellandi, tum forma et solemnia appellationis interponendæ. Non omne tempus appellationi datum est. Primum adversus sententiam, antequam sententia ipsa lata sit, frustra appellatur, *L. eos*, §. *super*, *Cod. de app.* Post sententiam et quicunque actus est unde appellari posse diximus, licet; sed ita ut sit hic quoque tempus moderatum definitum legibus, ultra quod non liceat appellare. Fuit hoc (40) constitutum tempus ejus, quidem in propria caussa biduum, in aliena triduum, *L.* 1. §. *biduum*, §. *quod in sententiis*, §. *in propria*, *D. quan. app. sit*, *L. eos*, §. *penult. C. eod.* Unde tractatum tam multis locis quæ propria, quæ aliena caussa, *d. L.* 1. §. *in propr.*, §. *tutor.*, *L.* 2. *tota*, *D. quan. ap. sit*, *L.* 3. *D. de ap. recip. L. qui suspectum*, *D. de app.* Postea Justinianus cuilibet qui appellare volet, spacium decem dierum dedit, *Novel.* 93. §. 1. *aut hodie*, *Cod. de app.* Hoc tempus in sententiis ex die sententiæ latæ computandum est: in aliis actibus ex ipso actu unde appellatur, *d. L.* 1. §. *triduum* et §. *quod in sententiis*, *D. quan. ap. sit.* Quod ita accipiemus, si adversus præsentem pronunciatum fuerit. Nam si fuerit adversus absentem, tempus (41) ex quo quis scit computandum est, *L.* 1. §. *ult. D. quan. ap. sit.* Quisquis intra hos dies non appellat postea non auditur; adeo ut ne militibus quidem aut capite damnatis appellandi tempora remittantur, *L. qui suspectum*, in fin. *de appel. L. addictos*, *Cod. eod.* His diebus

actioni finem imponat, vid. idem *Dial.* 12. *de LL. fol. m.* 953. Requiruntur autem tres sententiæ conformes. Nam qui bis vicit, tertio victus, ipse quoque bis appellare potest, ut ita quatuor appellationes fieri possint in eadem caussa, licet non plures duabus ab eadem persona. Maranta *hoc tit: n.* 280. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 25. In Camera tamen appellatio quoque tertia ejusdem recipitur, ne alias status imperii in suis ditionibus plures instantias constituendo jurisdictioni supremi tribunalis eludere possint, Gail. 1. *Obs.* 73. *n.* 3. Myns. 1. *Obs.* 15. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 34. Plura de his Maranta *d. n.* 280. *et seqq.* Mathesilan. *ad L.* 1. *Cod. Ne lic. in ead. causs.* Tessaur. *Decis.* 122. *et* 128. (ubi an sententia nulla faciat numerum. Confer Myns. 6. *Obs.* 4.) M. Ant. de Amatis *Decis.* 55. Peguera *Decis.* 187. Anton. Sola *ad Constit. antiq. Sabaudiæ rub. de conclus. caussæ decreto ut nihil etc. Parte* 3. P. Gregor. 2. *de Appell.* 25. Besold. *hoc tit. Cap.* 6. *n.* 3. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. hoc tit. Resol.* 15. In caussis contra Clericos vel Monachos secundo appellare non licet, *Novell.* 123. *Cap.* 21. *pr.* Jure Saxonico post tres sententias, quomodo leuteratio admittatur, vid. Coler. *Decis.* 140.

(40) *L.* 20. §. 1. *d. t. L.* 3. *de appell. recip.* Briss. 2. *Antiq.* 19. Ordinatione judicii Curialis Ducum Saxoniæ lapsus bidui leuterationem ut impediat, vid. Coler. *Decis.* 291.

(41) Nisi Procurator adfuit, *d. L.* 1. §. *ult. Quan. appell.* Gail. 1. *Observ.* 139. *n.* 9. Wurmser. *Tit.* 24. *Observ.* 3. Hartm. Hartm. *Tit.* 19. *Observ.* 3. *n.* 1. Sed de hoc adi Trentacinq. 2. *Pract. Resol. hoc tit. Resol.* 4. Et nisi ad publicationem sententiæ citatus non venit, per ea quæ Coler. *d. Decis.* 291. Nec expectandus dies conditionis, si sub ea dicta sententia, *d. L.* 1. §. 5. *Quan. app.* quia, licet ante illius eventum vis judicati se non exerat, tamen judex dum fert sententiam, eam partem gravat, Damhuder. *Praxi civil. Cap.* 237. *n.* 4. Curritque hoc a momento ad momentum ipso die appellationis una computato, Wurmser. *d. t.* 24. *Observ.* 2. Hartm. *d. t.* 19. *Observ.* 2. Myns. 2. *Observ.* 3. *et* 3. *Observ.* 11. Nec partium consensu, ne quidem per modum compromissi extendi potest, Mynsing. 2. *Observ.* 11. Moll. *ad Novell. Elect. Sax.* 1. *P.* 1. *n.* 3. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 20. ibique Gravat. Et intra hoc declarari debet ad quem intendat appellans prosequi appellationem. M. Anton. de Amat. *Decis.* 160. post Imol. *Cons.* 101. *Lib.* 2. *et Cons.* 12. *n.* 2. *et* 3. *Lib.* 6. si nempe plures sint superiores in eadem jurisdictione concurrentes, ut præventioni locus sit. Hoc tamen alii et post manifestari posse volunt, dum petuntur apostoli aut appellatio introducitur, Zang. *in Prælect. ad C.* 2. *Extra. h. t.* De hoc decendio ejusque computatione consule quoque Tiraq. *de Ret. lignag.* §. 35. *Gl.* 4. *n.* 9. *et* 10. Menoch. 2. *Præsumpt.* 95. Gail. 1. *Observ.* 139. Frider. 1. *de Proces. extrah.* 8. M. Antonin. Bard. *Tr. de Tempore utili et continuo*, P. Gregor. 6. Besold. *h. Tr. Cap.* 8. *n.* 1. *et* 2. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 6. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 34. Fachin. *Lib.* 3. *Cons.* 27. Franch. Pfeil. *Cons.* 177. Fr. Viv. *Lib.* 2. *Decis.* 266. Meichsner. *Tomo* 1. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 26. Jure Saxonico, etsi cautum sit ut appellationes confestim lata sententia fiant. *Auff. vnverzuglich Fusz. Lib.* 2. *Artic.* 6. *sub fin.* ea tamen dispositio fere non servatur, Fachs. *Diff.* 54. *inter. Diff.* Zobel. 41. *P.* 1. *n.* 4. Coler. *Decis.* 130. præterquam in litibus metallicis, de quibus ita specialiter sancitum est.

sciendum est non computari eos quibus quis nec ejus qui sententiam dixit, in publico adeundi copiam habuit, cum is post sententiam dictam statim se subduxisset: nec habuit copiam ejus ad quem appellavit. Nam alterutrius si fuit copia, prescriptio temporis locum habet, *L.* 1. *§. dies. D. quan. ap. sit.*

XVII. Solemnia quæ dixi, hæc sunt. Si quidem apud acta ipso die, id est illico viva voce quis appellet, satis erit si dicat (42) Appello, *L.* 2. *L.* 5. *§. ult. D. de app. L. litigatoribus, Cod. eod.* Sin vel alio die appellet vel non apud acta, necesse habet appellare per libellos appellationis summam continentes, quos det et offerat judici a quo appellat; qui libelli appellatorii nominantur, *L.* 1. *§. ult.* juncta *L. seq. L. eum quidam, D. de app. L. eos, §. pen. C. eod.* Hi libelli ita concipiendi sunt ut habeant (43) scriptum et a quo dati sunt, hoc est quis appellet et a qua sententia. Tot enim sunt quæ nominatim exigantur in conceptione horum libellorum, nec quidquam amplius in *L.* 1. *§. ult.* juncta *L.* 3. in princ. *D. de appellat.* Unde intelligi potest nec eum adversus quem appellatur, nec caussam appellationis, nec eum (44) qui appellatur necesse esse libellis comprehendi, quanquam omnia ista adjici nihil vetet. Sciendum tamen eum qui appellatur sic adiri posse, ut si quis alium judicem appellet pro alio, si quidem majorem vel etiam parem, nihil hic error ei noceat; sin minorem, noceat: id est perinde habeatur quasi non appellasset: quia non rite appellavit, *L.* 1. *§. pen. D. de app.* Non idem placuit de caussa appellandi si quis eam adjecerit: hanc si quis certam dixerit quæ ei displiceat, non prohibetur in agendo etiam aliam caussam provocationis reddere, *L.* 3. *ult. D. de app.* Illud sciendum est quod scribitur in *L. illud,* 3. *D. eod.* eum qui provocavit non debere convitiari ei a quo appellavit. Quod tamen si fecerit, hactenus ei nocebit, non ut nullius momenti sit appellatio, sed ut (45) plecti debeat.

XXVIII. Hæc libellorum appellatoriorum forma et conceptio est. Quos rite conceptos quoniam supra diximus judici offerri debere, monendi sumus, si forte per violentiam judicis non liceat ei dare libellos, sufficere (46)

(42) Quod sufficit ut cognitio devolvatur, non autem ut satis introductá censeatur, ne deserta videri possit. A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 12. vid. Besold. *h. Tr. C.* 8. *n.* 3. Ab interlocutoria viva voce interposita non valet regulariter, vid. Gail 1. *Obs.* 130. Myns. 3. *Ob.* 15. *n.* 13. Wurmser. *T.* 24. *Obs.* 8. P. Greg. 6. *de Appell.* 1. et alios citatos supra *N.* 36. Noctu an interponi possit Polydo. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 137. Quod possit diebus feriatis, *supra Lib.* 24. *Cap.* 7. *N.* 19. Damhud. *Praxi civil. Cap.* 229. *n.* 6.

(43) Mynsing. 3. *Observ.* 15. *n.* 4. Hartm. *Tit.* 19. *Observ.* 15. De apta horum libellorum conceptione Rainal. Cors. 2. *Indagat.* 20. P. Greg. 6. *de Appell.* 4. Frider. 1. *de Process extrah.* 7. Quod si statutis loci aliæ solemnitates requisitæ, num iis omissis appellatio subsistat, Gail. 1. *Observ.* 124. Paupertas an excuset in scriptis non appellantem, Gabr. Saravna *ad Mathesilan. Sing. ult.*

(44) Consentit Wurmser. *Tit.* 34. *Obs.* 8. Et de hoc quoad jus civile convenire DD. notat Jo. Wames. *in C.* 1. *Extra. h. t.* quia nulla exinde incertitudo, cum appellatio fiat gradatim ut *Cap. seq. N.* 7. (quæ tamen ratio non sufficiens, per notata paulo ante *N.* 41.) Jure Canonico, etsi quidam contra velint, cum Papa appellari possit omisso medio, contrariam tamen ceu receptiorem probat Jo. Wames. *d. loc. n.* 4. *et* 5. quia, etsi omisso medio potestas appellandi, non tamen in dubio censetur ea voluntas, sed jure magis communi appellans uti putatur. Ergo qui sic generaliter appellat proxime superiorem adire debet.

(45) Græci habent ibid. τύπτεσθαι, quod est verberibus cædi, Leunclav. *Lib.* 2. *Notator. Cap.* 120. arbitrio Principis vindicari; Paul. 5. *Sent.* 35. §. *ult.* infamia notari, *L.* 42. *de injur.* Quod Ræv. 1. *Var.* 3. de eo accipit qui formulam appellationis ita concipit *Quia male judicatum est, appello.* Sed nostri docent convitium non haberi, si dicatur sententiam iniquam esse, sed si ex corruptione latam, aliisve hujusmodi verbis quibus dolus aut sordes judici impingerentur, etc. vid. Pap. *Sing.* 358. *n.* 8 Lancell. Conrad. *de Off. præt. in caus. civil. v. appellatio n.* 4. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 31. ubi tamen tutius esse monet, ut addatur *Salvo honore judicis, etc.*

(46) Hinc inolevit appellatio coram notario et testibus. vid. Marant. *h. t. n.* 133. Mynsing. 4. *Obs.* 45. Harth. Harthm. et ab eo citati *Tit.* 19. *Obs.* 4. P. Gregor. 6. *de Appel.* 3. *n.* 4. Moller. *ad Novell. Elect. Sax.* 20 *Parte* 1. Quæ apud nos valet, etsi copia judicis non desit, ex *d. Novell.* 20. Sed et dictæ Constitutioni suæ D. Augustum Electorem derogasse rescripto suo, ne in Curiis suis recipiantur nisi coram judice a quo interpositæ, refert Zang. *Prælect. ad Cap.* 4. et aliquot conjuncta *Extr. hoc tit.* Cum contra jure Civili et Canonico, quoties copia judicis a quo, ei offerenda sit appellatio, Hartm. *d. T.* 19. *Obs.* 6. *n.* 1. vid. Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 102. *et seq.* Ea autem insinuatio judici a quo, fieri potest etiam extra judicium, Mynsing. 2. *Observ.* 12. nec necessaria est in appellatione ad Cameram, *idem* 4. *Obs.* 44.

publice proponere; interim hoc exigi ut publice proponantur, *L. cum quidam, D. de app.* Ex his apparet quam multæ caussæ sint propter quas rejiciatur jure appellatio. Ideo, ut initio dixi, res hæc judici a quo appellatum est æstimanda permittitur. Ut si quam ex his, objiciente adversario, subesse animadverterit, non modo ei facultas sit appellationis non recipiendæ, sed eam etiam accipere probibeatur toto *tit. C. quor. app. non rec.*

XXIX. Sed quoniam hic periculum est ne judex appellantem non audiat, magis iden quia adversus sententiam suam appellari indignetur, quam quod caussam admittendæ appellationis subesse existimet; prospectum est hoc loco appellanti constitutionibus, ita ut vel hoc nomine liceat (47) appellare, quod non sit appellatio ejus recepta; cujus appellationis erit idem judex qui fieret, si recepta esset appellatio. Placetque ad hanc pervaniri hoc modo, ut si Principem appellari oportuit, Principi supplicetur; si vero alius appellabitur. nihil amplius necesse sit quam eum adiri; quod fieri potest et sine literis dimissoriis, de quibus postea.

XXX. Sed hoc ita, dum intra constituta tempora appellatoria, vel Principem vel competentem judicem adeat is cujus appellatio recepta non erit: hæc in *L.* 5. in pr. in fin. *D. de app. recip.* Intra quæ si is alium adeat; si quidem Principem, constitutum est perinde id haberi atque si is aditus esset qui adiri debuit; sin alium, nihil ei error proderit ut videatur intra constituta tempora eum quem oportuit adiisse: hæc ad istam sententiam in *L.* 5. *D. de app. recip.* Constituta tempora appellatoria quæ dixi, quæque ita nominantur in *d. L.* 5. in fin. accipiemus non biduum aut triduum, aut decem illos dies intra quos supra diximus appellari posse. Neque enim natura patitur ut intra tam breve spacium vel Princeps vel competens judex adeatur; sed ea tempora intra quæ res ad superiorem judicem jubetur ex appellatione deferri De quibus dicetur postea.

XXXI. Hujus ipsius appellationis de qua agimus vis hæc est, ut quemadmodum in recepta appellatione, ita et hic præcipiatur omnia in eodem statu esse, nec quidquam novari; jubeatur præterea is qui appellationem non recepit, opinionem suam confestim per relationem manifestare, et caussam pro qua non receperit appellationem ejusque exemplum litigatori reddere, *L. penult. D. de app. recip. L.* 3. *C. de app.*

XXXII. Sed non usque eo videtur mibi vis hujus appellationis pervenire, ut in eventu atque in summa cognitionis, inter hanc et eam quæ recepta est nihil intersit. Puto enim, si judex qui appellationem non recepit opinionem suam per relationem declaraverit et caussam reddiderit cur non admitteret appellationem, nihil præterea ex appellatione quæ ob non receptam priorem appellationem interposita est, apud superiorem judicem queri oportere, quam utrum justa caussa fuerit repudiandæ appellationis necne. Ac si fuisse caussam constiterit, hic superiorem judicem ultra progredi non debere. Denique nun debere cognoscere de prioris judicis sententia. Moveor quod, ex iis caussis quas exposuimus, prohibetur legibus judex recipere appellationem, et quidem ita ut ex quibusdam caussis adversus eum qui receperit pœna statuatur, *L.* 2. *L. penult.* et toto *tit. C. quor app. non recip.* Cur quæso, nisi quia id agitur ne amplius de eadem re audiatur appellans, sed sententia exitum habeat? Quod plane contra fit, si ob non receptam primo appellationem permittitur appellare, et appellatio posterior hoc efficit ut iterum de eadem re cognoscere et priorem sententiam retractare liceat. An non etiam illud absurdum est, priorem appellationem ob certas caussas prohibere, posteriorem manentibus iisdem caussis admittere?

XXXIII. Non abs re est, quod tento ratione hanc sententiam efficere. Nam præterquam quod nusquam eam aperte positam reperio in libris nostris, hoc etiam ad eam prima fronte repudiandam accedit, quod in *L. a Proconsulibus, C. de app.* scriptum est in hæc verba: *Si victus oblatam nec receptam ab judice appellationem affirmet, Præfectos adeat, ut apud eos de integro litiget tanquam appellatione suscepta.* Quod plane superiori sententiæ contrarium videri potest, sed non ita est. Intelligendum est enim ei rescripto tunc locum esse, cum sine caussa appellatio recepta non est aut, quod tantundem valet, non est caussa a judice reddita quam ob rem

(47) Et itaque cautus sit appellans, et a rejectione quoque seu negata delatione appellet, cum alias rejectio ea et sententia in judicatum transeant, Gravat. *ad Vestr. Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 23. Brederod. *h. Tr. Parte* 2. *Tit.* 2. *fol.* 33. Quod et in appellatione ab interlocutoria obtinet, ut *supra N.* 31. add. P. Gregor. 8. *de Appell.* 2. *n.* 13. Prius autem exspectari debet responsum judicis a quo, deferatne appellationi an recuset, Hartm. Hartm. *Titul.* 19. *Observ.* 8.

etiam non recipitur. Nec ad rem pertinet quod superiora verba rescripti sine distinctione scripta sunt. Observandum est enim rescriptum de his agere quibus provocare permittit. Nam initio rescripti ita scriptum est: *A Proconsulibus et Comitibus et iis qui vice Præfectorum cognoscunt, provocare permittimus.* Non permittitur autem his provocare qui justis de caussis id facere prohibentur. Atque etiam non pertinere eam constitutionem ad eos judices qui justa de caussa appellationem non admiserunt, facilius ex extremis verbis colligi potest. Minatur enim constitutio supplicium ei judici qui appellationem non recepit, si forte is cujus appellatio recepta non erat, apud superiorem judicem vicerit. Nihil hoc ad eum judicem qui justa de caussa appellationem repudiavit. Etenim si pœnam non meretur, quod jure permittente fit, ut bene scriptum est in *L. Gracchus, C. de adult.* quam videtur pœnam mereri is qui appellationem, non dico permittente jure, sed etiam jubente non recepit?

XXXIV. Sit igitur hæc distinctio constituta: si judex caussam reddiderit per relationem cur non receperit appellationem, non debet posterior judex de sententia prioris judicis cognoscere prius quam cognovit an justa caussa fuerit nec ne. Atque etiam, si justam esse ei constiterit, omnino ultra progredi non debet. Quod si, aut ille nullam caussam reddidit, aut hanc postea injustam aut falsam esse compertum est, superiori constitutioni locus est quæ potestatem facit de integro litigandi, non aliter quam suscepta appellatione. Quemadmodum supra scriptis de caussis appellatio repudiari potest; ita si nulla ex his caussa erit, sic jubetur judex recipere appellationem, ut si contra faciat, non solum appellare liceat adversus ejus repudiationem, et de eadem re ex integro litigare eo modo quo supra dictum est, sed etiam pœna sit adversus eum constituta, nec tantum adversus eum, verum etiam adversus officium ejus, nisi illi restiterit atque actis contradixerit. Pœna autem est triginta auri pondo, quæ coguntur isti largitionibus Principis inferre, *L. judicibus, L. quoniam judices, C. de app.* De hac re placuit ad Principem referri oportere, ut sit hujus injuriæ vindex, *L. a Proconsulibus*, in fin. *C. eod.* Simul et tempus constitutum est, intra quod de ea agere et pœnam persequi liceret; alias annus, alias sex menses, alias quatuor, idque pro varietate judicum ad quos appellatum est. Qua de re cautum est in *L. si appellationem, C. eod.*

## CAP. XII.

Appellationem sic recte introduci, si ad eum judicem quem appellari convenit inducatur, iis solemnibus adhibitis quæ jus præscribit, et intra tempora ad eam rem constituta. Inde tractatum, quis a quo appellandus sit; quæ sint hic solemnia, quid apostoli, quid relatio, quid refutatoriæ preces, quid consultatio, quæ tempora legitima; et qui sint qui dicuntur in hoc genere fatales dies; quid sit reparatio appellationis.

*Continuatio et tractandarum rerum partitio seu inducendæ appellationis ordo.* I.

Primo, *adeundus appellationis judex, non alius, nisi, cum provocatur ad Principem, illius consiliarii.* II.

*A Judice data appellatur idem qui dedit: ab illo cui mandata jurisdictio, ille ad quem quis a mandante provocaret.* III.

*Quis judicium appellandorum ordo aut prærogativa in jure Civili.* IV. V.

*Summæ quantitas ex conjunctis etiam pluribus summis collecta ad principis notionem causam defert.* VI.

*Superior judicum ordo Imperii Romanorum proprius; sed modo, pro cujusque gentis et populi instituto, alius atque alius: quid ex illo nostris temporibus reliquum.* VII.

*Jure pontificio licet, amissis judicibus intermediis, appellare ad Summum Pontificem.* VIII.

*Quando alius pro alio judex appellatur, an valeat aut irrita sit appellatio.* IX.

Secundo, *appellator ei ad quem provocat offerre debet Apostolos a judice instanter petitos, qui ab eo dandi appellatori etiam non petenti, et sine dilatione.* X.

*Exponitur* L. eos, §. Apostolos; *et conciliatur cum L. Unic. D. de* libell. dimissor. *et cum* L. Judicibus 24. Cod. de Appellat. XI. et seq.

*Quid sit* opinionis exemplum *sive relatio: quid refutatoriæ preces; qui hæ differant ab Apostolis.* XII. XIII.

*Quid sit* consultatio; *et quid hæc ad Principem habita relatio differat ab ea quæ ad cæteros judices dirigitur.* XIV.

*Appellator, ut apostolus, ita relationem petere debet instanter et sæpius.* XV.

Tertio *solemnia et stata appellationis introducendæ servanda tempora: tria hæc temporum spatia, et quæ.* XVI.

*Reparationem appellationis obtinere etiam jure novissimo, sed eam in appellatione pedaneis judicibus denegari.* XVII.

*Item in consultatione seu ad principem appellatione.* XVIII.

*Qui sint fatales dies, et quot fatalium lapsus: quamodo dies ii a Justiniano dilatati.* XIX.

*Quid sit reparatio appellationis, et a quo impetretur.* XX.

I. Recepta appellatione, perficiendum est ut ea rite perveniat ad eum qui appellatur et, quod constitutiones dicunt, ut provocatio introducatur in auditorium judicis: indicatur ad eum judicem qui de appellatione cogniturus est, ut apud eum appellator litem appellationis instituendam curet, eam in judicium ejus inducat eique exordium imponat. Animadvertendum tot modis eandem rem exprimi constitutionibus, Justiniani *L. in offerendis, ver. his videlicet, C. de app. L. nemo, L. ultimam, §. et eum ante, §. in his, §. illud, Cod. de temp. app.* Id quomodo fiat videamus. Et inducendæ appellationis hic erat naturalis modus, ut adeatur is quem oportet appellari et ad eum appellatio deferatur; quæ et ipsa omnino observari convenit. Sed præter hæc, jus civile et alia quædam exigit. Nam et appellationem vult deferri certo modo et, præter appellationem, sui quædam una afferri ad institutionem futuri judicii pertinentia. Postremo et certa tempora præstituit intra quæ hæc omnia peragantur; quibus prætermissis, appellatio pro deserta habeatur. Ex quo est illud Theodosii in *L. præcipimus*, in pr. *C.* de app. *disceptationem jubemus arripi eo ordine, ea observatione, iisdemque temporibus quibus cæteræ quoque lites fatali die, post appellationem in sacris auditoriis terminantur.* Quæ separatim ut quidque postulat explicemus.

II. Ergo in primis eum judicem adiri oportet (1) qui de appellatione cogniturus est; quod Justinianus *Nov.* 119. *Ut sponte*

(1) *Is vero oportet, ut major sit priore judice.* Neque ad compares judices appellationem referri decet, sed a minore judicio in majus tribunal adscendere, ut *Nov.* 23. *C.* 4. *C. placuit* 9. *C. anteriorum* 28. *§. illo videl. Cap.* 2. *Q.* 6. Nam cum in æqualem nedum in majorem minori nulla sit auctoritas, non convenit, ut hic ejus acta gesta convellat, Bodin.

*salit. largit. sit special. contr.* §. *hoc quoque*, et *Auth. si appellatione, Cod. de temp. app.* sic exprimit, opus esse ut qui appellationem interposuit, occurrat et præsentiam sui manifestet judici futuro appellationis. Sed an alius adiri potest? Et Justinianus ibidem significat esse interdum alios quos adiri in hac re sit satis, nempe ejus judicis quem dixi consiliarios, aut eos qui caussas introducunt: *Si is*, inquit, *qui appellavit occurrat judici futuro appellationis vel ejus consiliariis, vel iis qui lites introducunt.* Quod dicere videtur propter eas appellationes quæ deferuntur ad Principem, de quibus a Theodosio ita constitutum est in *L. præcipimus, C. de app.* ut velit alias esse, cum Princeps ipse judex sit: alias jubeat consiliarios quosdam suos esse judices, ubi quos velit et quibus in caussis definit. Tum hæc addit: sive ipse judicet, sive quidam ex illis judicibus quos constituerat, velle se ut appellationes tradantur iis qui sunt Principi ab epistolis, seu a libellis quos ab illis suscipi et introduci jubet. Quod cum de his nominatim constitutum sit, licet hinc colligere, nisi quem alium leges adiri permittant, non alium adeundum esse quam eum qui judex futurus est appellationis. Nec legimus constitutiones alias id permittere quam cum Princeps appellatur, idque eo modo quo supra dictum est.

III. Hoc demum loco statuendum est quem appellari oporteat, ut et hunc suo tempore adeamus. Et multum interest utrum a judice dato appelletur, an ab alio qui jurisdictionem habeos pro jurisdictione sua, vel munus deferat, vel judicet. A judice dato si appelletur, certa regula utimur, sive primo, sive iterum appellatur, semper unum eundemque appellari, nempe eum qui dedit judicem, vel successorem ejus, *L.* 1. in princ. *D. quis a quo app. L. præcipimus.* §. *hæc si, Cod. de app.* Adeo ut nihil putetur referre utrum magistratus ipse elegerit sua sponte judicem, an eum dederit ex auctoritate Principis, quamvis nominatim judicem declaramus, *L. ultim. D. quis a quo app.* Longe diversum est, si a decreto vel sententia ejus qui jurisdictionem habeat, neo io eo judex datus sit, provocetur. Primum hoc dissimile, quod ab eo nunquam appellatur is qui jurisdictionem detulit. Nam, etsi mandatam quis jurisdictionem habeat, non tamen appellatur (2) is qui mandavit, sed ille qui provocaretur, ab eo qui mandavit jurisdictionem, *L.* 1. §. 1. *D. quis a quo ap.* Non enim is cui mandata est jurisdictio judici dato similis est. Ille enim a mandante jurisdictionem cum accipiat, per omnia vice mandantis fungitur, *L.* 3. *D. de off. ejus*, ut proinde nihil intersit uter judicarit. Judex datus non jurisdictionem accipit, sed tantum judicandi potestatem, *L. a judice, Cod. de jud.* Quæ res declarat eum

3. *de Rep.* 6. *n.* 319. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 3. P. Greg. 1. *de Appell.* 3. *n.* 2. *et Lib.* 4. *Cap.* 1. *n.* 2. *et* 3. Besold. *de Appell. Cap.* 4. *n.* 1. *et* 2. Quod quidam de natura, alii de substantia appellationis esse docent, ut contra lege municipali usuve caveri non possit quin is qui appellatur aliqua saltem ratione superior sit, cum hæc sit signum et pars superioritatis, Wesenb. *Cons.* 43. *n.* 46. et DD. passim. vid. Knich. *de Sax. non provoc. jure* v. *jus Cap.* 2. *et Encyclopædiæ Cap.* 6. Hinc, ex quo Macedonum Regibus Athenienses multum paruerunt, non tamen appellationis aut querelæ via sententias aut decreta sua extra urbem et ditionem ad Macedonum tribunalia deferri passi sunt, Joach. Steph. 2. *de Jurisdict.* 11. *n.* 20. *et seqq.* Etsi immediata subjectio hinc non ita arguatur, cum non ita substantiale appellationis sit ut fiat gradatim, P. Gregor. *d. Cap.* 3. *n.* 4. Matth. Steph. *de jurisdict. Lib.* 2. *P.* 1. *Cap.* 7. *n.* 357. Attamen consuetudine induci posse ut ad peregrinum judicem, et a quo non dependet jurisdictio judicis a quo appelletur, adstruit Coler. *Cons.* 1. *n.* 283. *et seqq.* quomodo olim ex regno Bœmiæ provocationes deferebantur ad Curiam Magdeburgensem et Lipsiensem, prinsquam appellationum judicium Pragæ institutum, *Relat. Orat. Veneti ex aula Imp. Rom. P.* 1. *Thess. Politici* Phil. Honorii *pag.* 61. Hodieque a Rostochiensi Senatu, vel Curiam Ducis Megapolensis vel Senatum Lubecensem appellare liberum est, sicuti et aliæ ad mare Balthicum civitates eundem Senatum appellant. Cujusmodi provocationes in vim magis consilii, seu consultationis aut prorogatæ jurisdictionis fieri, censet Matth. Steph. *d. Cap.* 7. *n.* 362. add. Bocer. *de Jurisdict. Cap.* 3. *num.* 76.

(2) De appellatione a delegato, item sententia *d. L.* 1. §. 1. ac conciliatione cum *L.* 1. *seq.* 2. *et L.* 1. *Cod. Qui pro sua jurisdict.* vid. Govean. *ad L.* 1. *de jurisdict. n.* 6. *et* 1. *Var. Lect.* 46. Vacon. 6 *Declar.* 84. Zoan. *Restitut. ad Pand. Cap.* 9. Fachinæ. 1. *Contr.* 78. Marant. *hoc tit. n.* 386. *et seq.* Petr. Greg. 4. *de Appell.* 8 Pet. Gail. 1. *Obs.* 121. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 5. Hartm. *Tit.* 19. *Obs.* 28. M. Anton. de Amatis *Decis.* 47. Anton. Fab. *C. suo hoc tit. defin.* 30. Confer Bover. *Sing.* 64. *n.* 11. Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 320. A vicario quis appelletur, Marant. *h. tit. n.* 380. *et seqq.* Confer Cujac. 16. *Obs.* 2. Scip. Gentil. 2. *de jurisdict.* 9. Gerlac. Buxtorf. *Dissertat. in* 17. *priora aureæ Bull. IV. Capita Concl.* 63.

vire magistratus qui judicium dedit non fungi, eoque magistratus jurisdictioni nihil derogare. Non hoc tantum dissimile, sed illud multo magis, quod cernitur in iis quos appellare oporteat, ab eo qui judex datus non sit. Nam, præterquam quod alii appellantur primo loco, alii secundo, etiam in unoquoque gradu non semper iidem appellationis judices observantur.

IV. In quo, sub posterioribus Imperatoribus, quorum constitutiones exstant, in Codice Justiniani hic ordo fiat et forma jurisdictionis. A magistratu municipali aut alio quovis judice recta appellatur Præses in provinciis. Quod colligimus ex *L. hi qui, Cod. de app.* Nam eum ibi posuissent Imperatores cum qui ad munus vocatus erat appellasse, ex eo ipso consequens esse volunt ut ille apud Præsidem provinciæ caussam agere debeat. *Cum igitur*, inquiunt, *ad munus vocatus appellaveris apud Præsidem provinciæ, juste te appellasse ostende.* Quibus verbis aperte significant, quæcunque prima appellatio interposita est, hoc ipso quod est interposita, Præsidis esse cognitionem. Nisi forte caussam fuisse putamus cur a delatione muneris recta appellaretur Præses, non appellaretur autem idem a sententia ejusdem magistratus. Et sane, cum supra magistratus municipales solus esset Præses in provincia qui juri dicundo præesset, quem tandem alium præter Præsidem provinciales appellarent? Quod si in provincia aliqua aut aliqua regione Præsides nulli essent, placebat appellationem Romam deferri, ejusque appellationis judicem esse Præfectum urbi. Ut de iis provinciis et regionibus constitutum est, quæ enumerantur in *L. cum appellatio, Cod. de appell.* Romæ qui primo loco cognoscerent, Prætores fuerunt, *arg. L. si quis ex aliena, D. de judi.* Ideo non appellabantur ipsi, nisi judicem dedissent: sed ab his erat provocatio. Qui autem ab his (3) appellaretur, fuit Præfectus urbi itidem ut in provincia, cum a sententia aut decreto inferiorum magistratuum non erat alius in provincia qui appellaretur, ut cautum est in *L. si apud, C. de app.* A Præsidibus provinciarum, ac perinde a (4) Præfecto urbi appellatur Princeps. Huc pertinet *L. a Proconsulibus, in pr. C. de app. A Proconsulibus*, ait Constantinus, *et Comitibus et iis qui vice Præfectorum cognoscunt*, (omnes hi Præsidis appellatione continentur, *L. 1. D. de off. Præsid.*) *sive ex appellatione, sive ex delegatione, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus; ita ut appellanti judex præbeat opinionis exemplum, et acta cum refutatoriis suisque literis ad nos dirigat.* Hæc omnia ad se dirigi vult Princeps non alia de caussa, quam quod appellatio ad eum referatur. Et quod ait *sive ex appellatione*, hunc sensum habet: sive superiores illi judicaverint ex appellatione quæ ad eos interposita erat, sive judicaverint *ex delegatione*, quod essent videlicet a nobis delegati: sive judicaverint *ex ordine*, id est tum eum ordo jurisdictionis primo loco iis cognitionem caussæ detulisset. Sed in ea appellatione qua Princeps provocatur, varii judices pro genere appellationis constituti sunt.

V. Exstat Theodosii constitutio, cujus initium est *Præcipimus, C. de app.* qua primus de hoc genere ita cavit, ut vellet interdum Principis audientiam et cognitionem expectari; interdum, hac non expectata, statim alios esse ejus appellationis judices quos vice Principis vult cognoscere. Principis audientiam tunc expectari vult, cum a sententiis illustrium et magnificorum judicum fuerit appellatum, a quibus modo appellari potest; quales sunt Præfectus urbi, Magister officiorum, Quæstor palatii, *L. ult. vers. ultioni, C. ubi Senat. vel clar. d. L. præcipimus* in pr. illic *Virum illustrem.* Quo eodem ex loco constat, Præfectum prætorio esse ex numero illustrium: sed is est a cujus sententia non possit appellari, ut supra diximus, *L. a Proconsulibus, C. de app.* Alios jubet esse judices, cum appellatur a sententiis spectabilium tantum judicum, quales fuisse Proconsules, Præfectum augustalem, Comitem orientis ostendit Accursius ad *d. L. præcipimus*, in pr. Idem

(3) *L.* 13. *C. Th. eod.* P. Greg. *de Appell.* 14. Aliquando ab iis ad consules provocatum, Valer. *Lib.* 7. *C.* 7. Langlæ. 7. *Semestr.* 5. *pag.* 332.

(4) Olim nec a Præfecto urbi appellari potuisse statuit P. Busius 1. *Subtil.* 14. per locos Symmachi *Lib.* 10. *Epist.* 29 41. 46. quæ tamen non hoc, ast contrarium probare videntur. Tametsi et hic vice sacra judicare dicebatur; quomodo in antiqua inscriptione, *Parte* 3. *Topographiæ urbis Romanæ* Jani Jacob. Boissardi *pag.* 109. Neratius Cerealis Præfectus urbi vice sacra judicans. Et sane indiscretæ dignitatis dicitur cum Præfecto prætorio, *L.* 1. *Cod. de præf. præt. sive urbi, Lib.* 12. *Tit.* 4. Olim ad quos provocationes factæ, vid. Broidæ. *Supplem. Histor. fori Polletti Lib.* 5. *Cap* 16. Cujac. 21. *Obs.* 33. Pert. Gregor. 4. *de Appell.* 11.

statuit et Theodosius et tunc cum appellatum est a judice privato, non illustri quem Princeps antea dederit. Judices autem hujus appellationis simul duos et eos certos statuit: Præfectum prætorio, et una Quæstorem Sacri Palatii. Præterquam si a Duce appellatum fuerit, in qua specie vult solum Præfectum prætorio jure ordinario judicare. Hæc Theodosius, in quibus quædam sunt a Justiniano (5) immutata. Nam primum, si litis æstimatio viginti librarum auri quantitatem excedat, velit caussam apud se disceptari in comuni auditorio procerum palatii sui; ut scilicet nihil hic referre putaret a quibus judicibus esset appellatum, *L. in offerendis*, vers. *his videlicet*, *C. de app.* Quod si litis æstimatio esset infra aut intra eam quantitatem, retinuit ille quidem judicum cognitionem; sed quibusdam in caussis et judicum numerum et judices ipsos commutavit. Namque pro duobus judicibus a Theodosio constitutis, Justinianus vult unum satis esse, si non excedat litis æstimatio decem librarum auri quantitatem, *d. L. in offerendis*, in princ. Vice versa, pro Præfecto prætorio quem solum Theodosius in appellatione a Duce interposita judicem esse statuit, Justinianus duos esse jussit judices, Magistrum officiorum, et Quæstorem Sacri Palatii, *L. si quando, C. de appell.* Sed et Theodosius ipse postea pro Quæstore palatii quem Præfecto prætorio adjunxerat, voluit Magistrum militum una cum Præfecto prætorio judicare in una hac caussa, si apparitor magisteriæ potestatis de statu in provincia passus sit controversiam, et a Præsidis sententia fuerit provocatum, *L. eo casu, C. eod.*

VI. Interim illud observabimus in his caussis, summæ (6) quantitatem alias facere ut sit notio ipsius Principis, alias ut sit judicum a principe constitutorum. Quapropter recte huc accommodabitur ea quæstio quæ tractatur in *L. si quis*, § 1. *D. de app.* De ea actione quæ plures species in se habeat, ut tutelæ, negociorum gestorum, pro socio, in qua quis pluribus summis sit condemnatus; quarum singulæ notionem Principis non faciunt, omnes autem conjunctæ faciunt. Quæritur enim utrum separatim spectandæ sint an conjunctim: statuit autem Ulpianus esse Principis cognitionem, ut conjunctim summæ spectentur.

VII. Sed hæc de judicum ordine et prærogativa in disceptandis caussis appellationum, pro vetere forma imperii constituta sunt. Qua mutata, necesse est hæc eadem cessare. De his vero quivis populus et Princeps, prout expedire et ad præsentem rerum statum pertinere videbitur, statuit. Illud quod dixi de sententiis judicum datorum, quia ubique judices a magistratu dari possunt, perpetuum est. Est et illud quod jam dicam et circa appellationes diligenter observandum est, quoties constat Præsidem, vel quemlibet alium magistratum esse cognitorem, id est eum ad quem jure cognitio appellationis deferatur, nimirum hos solos appellandos esse. Et si forte, omissis his, Princeps appelletur; tamen ad eos caussam (7) remitti, *L. Imperatores*, in *pr.* et §. 1. *D. de app. L. addictos, C. eod.* Plus dicimus, etsi ad Imperatorem caussa remissa sit partibus consentientibus, quæ ad notionem præsidis pertinebat, posse tamen Præsidem hanc audire. Sic enim Paulus in *L. ad Imperatorem, D. eod.* Quod ego sic accipio dictum esse, ut possit Præses caussam audire, non solum litigatoribus consentientibus et priorem conventionem mutantibus (de quo nemo juste dubitaret), sed etiam uno ex litigatoribus postulante. Nihil enim Paulus distinguit, et hoc ita juberi videtur in *d. L. addictos, C. eod.*

(5) Alia de his constituta in Novellis passim, ut *Nov.* 20. *Nov.* 23. *Cap.* 4. *Nov.* 24. *Cap.* 5. *Nov.* 25. *Cap.* 6. *Nov.* 29. *Cap. ult. Nov.* 80. *Cap.* 11. *Nov.* 62. *pr. Nov.* 75. *Nov.* 82. *Cap.* 4. *Edicto Justin.* 8 *Cap.* 1. §. 1. *Nov.* 126. Ex qua patet coram his cognitoribus eodem modo peractas appellationes esse, ac si Princeps adesset. Unde Joach. Steph. 3. *de jurisd.* 12. *n* 35. eadem observata fuisse solemnia vestium, seu indumentorum et calceamentorum quibus tum litigantes, tum advocati ex singulari habitu coram Principe in ejusdem Consistorio utebantur. Sed in his, cum exoleverint, immorari nihil attinet. Videri potest Joach. Steph. *d. Lib.* 3. *Cap.* 10. *n.* 22. *et seqq. et et Cap.* 13. *n.* 7. *et seqq.*

(6) Confer *not. Cap. præced. N.* 33. Auri autem libra 72. aurei, Goth. *ad Nov.* 23. *in Epitome lit. E.*

(7) *Nov.* 30. *Cap.* 9. ubi cum increpatione remitti dicitur qui, continuo relicto magistratu suo, ad Imperatorem recurrit. Atque hoc est quod vulgo, gradatim fieri debere appellationem; vid. Marant. *P.* 6. *h. tit. n.* 368. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 3. *et Lib* 4. *Cap.* 2. Mynsing. 1. *Obs.* 67. Gail. 1. *Obs.* 119. *n.* 2. Hartm. *Tit.* 19. *Obs.* 5. Peguera *Decis.* 91 Moller. 2. *Semestr.* 30. Speckhan. *Cent.* 2 *Cl.* 4. *Q.* 37. fuse Brederod. *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 18.

VIII. Jure autem Pontificio permissum est recta ad ipsum Pontificem appellare, intermediis judicibus omissis, (8) *c. si duobus. Extr. de appellat:* sed interdum, et in territorio tantum ecclesiæ Romanæ, ut putant interpretes. Ad alium certe non licet, omissis (9) mediis, *c. dilect. Extr. eod.*

IX. His constitutis quos appellari oporteat, quid fiet si alius pro alio aditus fuerit? Respondebimus id quod ab Ulpiano definitum est in *L.* 1. §. *si quis*, D. de app. *Si quis vel parem, vel majorem judicem appellaverit, alium tamen pro alio, in caussa est, ut error ei non noceat. Sed si minorem, nocebit.* Quod ex rescripto ab eo allato ita interpretandum est, ut si par vel major magistratus appellatus atque etiam aditus sit, alius tamen pro alio, nihilominus is quem appellatum oportuit, perinde cognoscere debeat atque si ad ipsum facta esset provocatio intra tempora constituta; sin minor aditus erit, nihil factum videbitur. Unde eveniet ut, si interim tempora legitima exierint, sententia vim suam teneat. Ergo hos adiri oportet: oportet autem adiri appellationis caussa, id est ita ut dicat appellator deferre se appellationem a se interpositam; petere ut de caussa appellationis judices cognoscant et judicent. Hanc enim esse denuntiationem appellatorum appellationem introducentium declarat Justinianus *Nov.* 50. *de his qui ingred. ad appellan.* §. 1. Quod cum fit, ibidem dicitur appellatio judici offerri, quia scripto offertur ut mox dicetur. Hoc idem Justinianus verbo parum Latino vocat, appellationem (10) intimare, quasi dicas metam judici facere, *L. in offerendis.* vers. pen. *C. de app.* Hæc, ut proposui, ad introducendam inchoandamque appellationis caussam satis erant, nisi jus civile justis de caussis in deferenda appellatione alia quædam exigeret.

X. Nunc autem hoc primum exigit ut appellator, quantum consequi potest, literas ab eo judice a quo appellatum est, afferat: testes nimirum receptæ appellationis et ad superiorem judicem dimissæ; quas propterea dimissorias literas et apostolos appellamus. Quarum hic est sensus: *Appellasse, puta, Lucium Titium a sententia illius, quæ inter illos dicta est,* L. unic. *D. de dimiss. lit.* has judici appellationis offerri oportet. Itaque cum in his appellatio interposita contineatur, non abs re est quod, his oblatis, dicitur ipsa appellatio offerri, ut modo dixi. Hæ literæ ab eo a quo appellatum est impetrantur, quas ob id jubetur appellatori dare, et quidem ipso etiam non petente, et sine aliqua dilatione. Sic enim diserte scriptum est in *L. eos,* §. *ultim. Cod. de app.* Quæ posteriora duo non satis prima fronte cum aliis locis juris congruere videntur.

XI. Nam, quod ad petitionem attinet, ita scriptum est in *L. unic. D.* de dimiss. lit. *Sufficit autem petiisse intra tempora dimissorias instanter et sæpius, ut etsi non accipiat, id ipsum contestetur. Nam instantiam repetentis dimissorias constitutiones desiderant.* Quod cum dicitur, simul etiam significatur saltem eas instanter et sæpius peti

(8) Et pluribus similibus citatis a Brederodo *d. T.* 18. v. *ad Papam.* Rationem differentiæ reddit Rebuff. *Privil. schol.* 164. quia Imperator in quem populus potestatem suam contulit, in eundem illiberalis esse non debeat. Papa autem a CHRISTO jus suum habens, nemini quidquam debet. Item quod Papa, omnium Patrum pater, cum omnibus Prælatis in eadem jurisdictione concurrat, eamque habeat non per communicationem, ne sit Collega, nec per gradum ceu dependentem ab alio, sed ut totum continens omnia, sicuti Oceanus fluviorum omnium receptione auctior non fit.

(9) Casus tamen excepti aliquot statuuntur. De quibus Brederod. *h. Tr. P.* 1. *tit.* 18. Petr. Gregor. 4. *de Appell.* 3. Mynsing. 1 *Obs.* 67. Speckhan. *d. Q.* 37. *n.* 4. *et seqq.* Siculi a Studioso Imperatorem recte appellari omisso medio plerisque convenit, Horat. Luc. *Priv. Schol.* 72. Rebuff. *Privil.* 164. Pac. *ad Auth. habita. Cap.* 6. *n.* 18. Peguera *Decis.* 491. *n.* 12. Brederod *h. Tr. P.* 1. *Tit.* 13. v. *scholaris.* Maranta *h. t. n.* 173. Neque hoc, ut gradatim fiat absolute necessarium; quin contra lege caveri usuve recipi potest. Sicuti in Sicilia Marant *h. t. n.* 377. et Hispania Gutierez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 42. a quovis judice Rex appellari potest. Et apud Francos Curiæ supremæ in caussis capitalibus. Cujac. 21. *Obs.* 33. Leonin. 7. *Emend.* 6. *n* 4. Petr. Gregor. 1. *de Appell.* 3. *n.* 4 Sed et Princeps inferior per contractum judicationem a se abdicare potest, ut eo prætermisso, recta ad Cameram appelletur. vid. Matth. Steph. *de Jurisdict. Lib.* 2. *P* 1. *Cap.* 7. *n.* 357. *et seq.*

(10) Si Ciceronis sæculum spectes, non si posterius. Arnob. *Lib* 5. *Unde est vobis cognitum aut unde intimatum.* Sidon. *Lib.* 7. *Epist.* 10. *spontaneo memoratu intimare.* Similes loci apud Simmachum 1. *Epist.* 89. 3. *Epist.* 30. *etc.* Cæterum verbo hac insinuatio fieri potest judici ad quem (de ea quæ fit judici a quo, vid. *Cap. præced. n.* 27. *et in not.* N. 46.) si instrumentum non statim haberi queat. Myns. 1. *Obs.* 83. vide de hac Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 12 P. Greg. 6. *de Appell.* 8. *et seq.*

debere. Quod attinet ad dilationem, dicitur in *L. judicibus*, *C. de app.* triginta dierum spacia ex die sententiæ definita esse, intra quæ gesta, una cum relatione, litigatoribus conveniat præstari; nec prius judicem ulla pœna teneri. Porro relationis verbo generali apostoli continentur; apostolis enim, uti horum formam supra concepimus, refert judex quis, a qua sententia, et adversus quem appellarit: ut quis dicat non contineri, tamen ut apostoli, sic relatio jubetur illico edi litigatori, in *L. 1. C. de relat.* Denique utrumque ad inducendam appellationem pariter desideratur, ut postea d cemus. Hæc vero ita conciliandа mihi videntur; ut si de judice tantum quæratur, hic apostolos dare debeat, etiam non petente appellatore (de necessitate enim horum petendorum prius respondebo), alioqni plectatur, ut auditum est *d. L. judicibus.* Est autem hic pœna eadem constituta, eademque pœnæ persecutio quæ constituta est adversus eum qui non admisit appellationem; de quo constitutum est in *L. si appellationem, C. de app.* Sin quæratur de litigatore, ecquid judicis denegatio ei in hac re noceat, hic vero dicimus non nocere; sed hac lege, si modo petat apostolos sibi dari, idque (11) instanter et sæpius faciat. Nam hanc petitionem non absolute desiderari sed sub conditione, si velit litigator denegationem apostolorum sibi non nocere, apparet ex his quæ Ulpianus continenter in *d. L. un ca* in fin. subjicit: *Æquum est igitur*, inquit, *si per eum steterit qui debebat dare literas, quo minus det; ne hoc accipienti noceat.* Hoc ergo vult Ulpianus dum litigator petat literas instanter et sæpius, idque ipsum contestetur; si postea hanc instantiam suam et contestationem probet judici superiori, non minus appellationem ei rite oblatam videri quam appellator literas dimissorias accepisset. Quod autem secundo loco dicitur, judicem sine dilatione apostolos debere dare, non incommode ita accipiemus sine dilatione (12) frustratoria, ut hoc verbum adjicitur in *L. 1.* in fin. *C. de rela.* id est sine dilatione quæ quidem legibus constituta non sit. Qui enim jure differt, differre non videtur. Nisi malumus aliud juris esse de apostolis dandis, aliud de relatione, quam et ipsam cogitur judex litigatori præstare; putamusque, si judex illico post appellationem interpositam non dederit apostolos, pœnam esse in eum constitutam quam evitare non possit, quamvis postea paratus sit una cum relatione apostolos reddere. Quod nulli invito probabitur. Quid enim interest litigatoris apostolos ante relationem accipere, quibus etiamsi velit, ad inducendam appellationem ante acceptam relationem uti non possit? Non sunt hæ literæ satis. Visum est utile esse, quisquis judex sit qui provocatur, hunc de jure prioris sententiæ, quantum licet certiorem fieri, postquam ab eo hoc postulatur ut pronunciet juste an injuste judicatum sit. Id quoniam ita fit, si acta prioris judicii cognoscat et relatione prioris judicis de eo quod actum et judicatum est admoneatur, placuit utrumque ad eum deferri debere, eaque gratia utrumque præstari litigatori ab eo a quo provocatum est, (13) acta illico et judicis relationem. *d. L. judicibus, C. de app.* Aliis locis ita expressum est litigatorem, interposita provocatione, curare debere ut petat opinionis exemplum, et refutatorias preces: item judicem appellanti præbere debere opinionis exemplum, et acta cum refutatoriis partium suisque literis ad superiorem dirigere debere: hæc in *L. quoniam nonnulli*, et *L. a pro-*

(11) Ut et de appellantis diligentia vere constet, ne censeatur tacite renunciasse appellationi et acquievisse sententiæ, utque negligentia judicis appareat. Quomodo et trinæ monitiones aut edicta requiruntur ad contumaciam citati, Blarer. in *L. diffamari Cap.* 6. *n.* 28. Gœd. *de Contr. stip. Cap.* 11. *n.* 72. Et si usu obtinuit, ut iteratæ petitiones etiam simul uno contextu ac in ipsa appellatione fieri possint, Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 55. ibique Gravat. vid. et Myns. 2. *Obs.* 24. Cacheran. *Decis.* 12. In Camera vero recipitur, apostolis non petitis. Gail. 1. *Obs.* 139. *n.* 15. Myns. 4 *Obs.* 36. P. Frider. 1. *de Process. extrah.* 7. *n.* 20. *et seqq.* quos de apostolis his plenius consule, uti et Cujac. 24. *Obs.* 29. Gœd. *ad L.* 106. *de V. S.* Wurmser. 24. *Obs.* 23. Maranta *P.* 6. *h. t. n.* 219. *et seqq* ubi *n.* 24. quod dentur expensis appellantis Petr. Gregor. 6. *de App.* 2. *et* 7. Brederod. *h. Tr. L.* 2. *Tit.* 4. Wehner. *Pract. Obs. de V. S.* v. *Abschiedbrieff.* Polydor. Ripa *de Nocturno tempore, Cap.* 38. Unde dicti etiam Scip. Gentil. *Orig. Lib. sing. pag.* 306.

(12) Ita quoque in *d. L* 6. §. *ult ut et in Nov.* 134. *Cap.* 3 similia verba exponit Cujac. *in d. Nov.* 134. *et* 24. *Obs.* 29. *ac de Divers. temp. præscript. Cap.* 10. Sane judex, si velit, hunc terminum coarctare et minorem præfigere potest, Gravat. *ad Vestr. Lib.* 7. *Pract. Cap.* 3. *n.* 71.

(13) De hac actorum editione vid. Gail. 1. *Obs.* 134. et Greve *ibid. Pract. Conclus.* 134. ubi *n.* 13. *et seq.* exemplum non authenticum edi tradit, nec si diserte judex superior mandaverit.

*consulibus, C. de app.* quæ eodem redeunt.

XII. Id ut intelligatur horum unumquodque quid sit et quamobrem desideretur, singulatim explicabo. Literas judicis in hac specie accipimus relationem judicis quæ literis continetur. His enim refert judex qua de re actum sit, quæ de eo opinio sua sit, ac secundum hoc quid pronunciarit, ut intelligere possit superior judex quæ res referentem moverit. Ita in ea relatione opinionem suam exponit judex. Unde in *L. eos, § super, D. de app.* jubentur judices opiniones suas transmittere ad superiorem, cum uberii possent ex aliis constitutionibus relationem suam transmittere. Quam, quoniam verendum erat ne in ea relatione aliquid fugeret judex, placuit eum jubere debere relationis seu opinionis suæ *exemplum illico litigatoribus edi apud acta hoc consilio, ut si cui forte relatio minus plena vel contraria videatur, is refutatorias* partes opponat, quas *similiter apud acta sine aliqua frustratoria dilatione offerat.* Hoc quidem prope totidem verbis de hoc genere cautum est a Constantino in *L.* 1. in fin. *C. de rel.* Nisi quod ille de consultationibus, et relationibus loquitur, quibus judices de negocio referunt ad Principem etiam ante appellationem. Et congruunt duo rescripta sequentia ejusdem tituli. Sed quod de his relationibus dictum est, ejusmodi est ut ad relationes omnes, etiam quæ ad superiores judices appellationis caussa fiunt, pertineat. Nam in *L.* 2. ejus tituli hæc generalis ratio omnes complectens redditur: *quippe, tunc relationibus plena veritas est, cum vel allegationibus repelluntur, vel probantur assensu.* Deinde eum in appellationibus et *opinionis exemplum* edi debere legamus, præterea *refutatorias preces,* quis dubitet in iisdem verbis idem jus contineri? His adde finem omnibus his relationum generibus, et refutatoriis precibus communem. Quorsum enim consultationem quæ ad Principem destinatur, edi litigatori? adversus exemplum consultationis opponi a litigatore confutatorias preces? Nempe ut, his cognitis, sic de re instruatur Princeps, ut propemodum actorum recensione non sit opus, uti scriptum est in *L. ult. C. de relat.* Plane idem de relationis et opinionis editione, deque refutatoriis precibus quæ in appellationibus desiderantur, scriptum est in *L. eos, §. super, C. de app.* Ajunt Imperatores; *opiniones suas judices et exempla appellatoribus edita, et refutatorias eorum ad scrinia quorum interest transmittant.* Sequitur, quamobrem, *quibus,* inquiunt, *gestorum eorum fides manifesta relatione pandatur, ut meritis eorum consideratis, pro fortuna singulorum sententia proferatur.* Quare, quod de uno genere dictum est, necesse est ad alterum in quo eadem ratio sit, transferri. Ex his autem intelligi potest quid vocent Imperatores refutatorias preces. Supra diximus relationes tunc veras esse, cum allegationibus repelluntur. Repellere porro refutare est. Perspicuum est igitur refutatorias literas dici eas quæ continent allegationes quibus repellitur et refutatur relatio judicis antea edita, sive quod minus plena sit, sive quod vere sit contraria, ut est in *d. L.* 1. Hanc refutationem recte refutatorias literas nominaverimus. Et quidem libelli refutatorii vocantur a Justiniano in *L. ultim.* §. 1. *Cod. de app.* et *L. ultim.* §. *in his, Cod. de temp. app.* Sed obtinuit magis ut refutatoriæ preces dicerentur, *dict. L.* 1. *Cod. de rel. L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* Fortassis ideo, quia in his erat appellator, ne superior judex relationi judicis a quo appellatum est fidem adhibeat, et simul ipse quid sit in re exponit.

XIII. Illud quidem nullo jure probari potest quod vulgo tradunt, refutatorias preces (14) libellos esse appellatorios aut apostolos. Quam enim refutationem aut libelli appellatorii aut literæ dimissoriæ continent, quorum utrumque nihil amplius declarat, quam Lucium Titium appellasse ab ea sententia quæ inter illos dicta est? Cum autem constat exemplum opinionis seu relationis non judici edi a litigatoribus, sed edi litigatoribus a judice; oportet in *L. eos, §. super, Cod. de app.* non recte legi: *opiniones suas judices et exempla ab appellatoribus edita transmittant,* sed ita legendum *exempla appellatoribus edita*, detracta præpositione *AB*, vel hoc modo: *exempla ab his appellatoribus edita,* ut intelligatur *ab his judicibus.* Quod si edito opinionis exemplo nihil respondeant litigatores, assensu suo relationem confirmant ut est in *L.* 2 *C. de relat.* Ut apparet eos non cogi libellos refutatorios

(14) Vulgo refutatorii apostoli statuuntur, quibus judex ostendit, superiori appellationi ceu injustæ deferendum non esse, et ita eam refutat. Gord. *ad L.* 106. *de V. S. n* 4. vid. P. Greg. 6. *de App.* 2. *n.* 2. 6. *et seq.* Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 225. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 4. et alii. Sed Donello fere convenit Cujac. 22. *Obs.* 33. Græce vocari [illegible], et supplementa partium a Symmacho docens.

dare, unde in *L. ult. §. in his, Cod. de temp. app.* cum Justinianus diceret litigatores intra certum tempus gesta colligere debere et refutatorios libellos, gesta quidem simpliciter dixit colligenda esse; de libellis autem addidit conditionem *si voluerint.* Quod ergo dicitur in *L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* appellationem pro deserta esse, si litigator nec opinionis exemplum nec refutatorias preces curet petere vel offerre, hoc petere ad refutatorias preces referri non debet, sed ad opinionis exemplum duntaxat. Hoc enim petere oportet, et acceptum judici superiori offerre. Refutatorias autem preces nisi offerre. Non enim necesse est eas peti ab judice, quæ ab ipso litigatore proficiscuntur. Jubetur judex ista dirigere ad superiorem in *d. L. a proconsulibus, Cod. de app.* sed ita ut ea tradi oporteat litigatori, ut deinde ab eo offerantur *L. judicibus. L. quoniam nonnulli, Cod. de app.* Sane ubi reus in custodia retinetur, officium judicis est ut superiores reos ipse transmittat ad scrinia eorum quorum interest, *L. eos. §. super, Cod. de appellationib.*

XIV. Illud circa relationem judicis monendi sumus, cum Princeps appellatur ad eum quoque referri debere; sed inter relationem quæ dirigatur ad Principem et eam quæ ad cæteros judices hoc interesse, quod cæteris judicibus satis est referre quid sit in re et opinionem de ea re suam exponere. Cum autem appellator Princeps, relatio habere debuit Principis consultationem. Unde (15) illa: appellatione implorari Principis disceptationem et audientiam per consultationem, *L. præcipimus* in princip. et vers. *sane, Cod. de appell.* Item, consultationum more, negocium in sacrum Principis palatium introduci, *L. in offerendis,* in princ. *Cod. eod.* Et consultationem exercere pro exercere appellationem apud Principem in *L. 4. Cod. de temp. appell.* Est autem consultatio cum, exposito negocio et eo quod ante actum et judicatum est, consulit Principem judex, quid illi de ea re fieri placeat et in eo judicium ejus implorat. Quod colligi potest ex *L. 1.* et *L. ultim. Cod. de relat.* Ex hoc jure nata est illa inscriptio in Codice: *de appellationibus et consultationibus.*

XV. Cum ista dicamus ab appellatore afferri debere ad appellationem introducendam quid fiet si non afferat? Officium ejus est ut petat hæc sibi reddi; ut si non petierit, non minus appellatio (16) deserta habeatur quam si non petiisset apostolos. *L. quoniam nonnulli, C. de app.* quod ego sic accipio ut petere debeat instanter et sæpius, uti de apostolis diximus. Cur enim instantius apostolos quam relationem judicis petere debeat, ratio reddi non potest. Quod si petierit ista; et petenti reddita non erunt, puto nihil hoc obesse quo minus superior judex de caussa appellationis cognoscat. Non quod, re non cognita, possit judex ferre sententiam; sed quia nihil prohibeat judicem appellationis alias probationes exigere quibus de negocio instruatur. Verum cum hic novus labor cum appellatori tum judici imponatur, cum appellator etiam novis sumptibus onretur; non immerito placuit eum judicem plectendum esse qui superiora denegarit. Sic tamen, si ista non reddiderit intra tempora ad eam rem definita, id est intra triginta dies a tempore sententiæ numerandos. De quo cautum est in *L. judicibus, C. de app.* Illud peculiariter constitutum est adversus eos qui in appellatione ad Principem facta non omnia ad Principem transmittunt actis indita quæ litigatores instructionis probationisque caussa recitaverunt, ut perpetua infamia notentur, *L. ne caussis, C. de app.*

XVI. Præterea hæc solemnia et (17) tem-

(15) Vid. *Nov.* 126. *princ. Nov.* 75. Marania *Parte* 6. *h. t. n.* 7 *et* 9. *seqq.* Petr. Greg. 2. *de Appell.* 4. Enimvero et in præcedentibus et sequentibus hujus Capitis sunt quæ non plene satisfaciunt, sed ne examinem, loci angustia vetat.

(16) De appellatione deserta quomodo dicatur, quæ et unde talis habeatur, deque aliis ad eam spectantibus etc. adiri possunt P. Gregor. 8. *de Appell.* 2. *et* 3. Marant. *h. t. n.* 408. *et seqq.* Gutierrez. *Lib.* 1. *Pract. Q.* 109. Trentacinq. 2. *Pract. Resol h. t. Resol.* 10 Chirtstoph. Besold. *h. Tr. Cap.* 10. Menoch. 2. *Præsum.* 96. Vestr. *Lib.* 3. *Pract. aulæ Rom. Cap.* 6. Gail. 1. *Obs.* 137. *et seqq.* Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 21. *et seqq.* Myns. 2. *Obs.* 59. *et seq.* (ubi quando non excipiente parte attendenda desertio) *et Obs.* 77. *ac* 3. *Obs.* 22. M. Ant. de Amatis *Decis.* 32. *et seqq.* P. Æmil. *Decis. Rotæ* 30. *et* 2 *et seqq. Parte* 1. Georg. de Cabedo *P.* 1. *Decis.* 42. Guid. Pap. *Decis.* 135. *et* 183. Cacheran. *Decis.* 7. *et* 28. Anton. Fab *C. suo tit. de temporib. appell.* Num a sententia qua deserta pronunciatur appellandum, plenius excutit Rauchb. *P.* 1. *Quest.* 14.

(17) De fatalibus, ut vocant, introducendæ appellationis, Gail. 1. *Obs.* 140. Mynsing. 3. *Obs.* 94. *et* 6. *Obs.* 12. Petr. Gregor. 6. *de App.* 8. *et* 9. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 7. Besold. *h. t. Cap.* 9. *n.* 2. Rauchb. *P.* 2. *Q.* 24. *n.* 37. *et seqq.* Cæterum et judex a quo introducendæ appellationi breviorem terminum præfigere appellanti potest, etsi non li-

pora definita sunt, intra quæ appellationem introducere liceret. Ea, pro varietate judicum et locorum, varia sunt constituta a Justiniano, ac sunt in summa tria: alias annus: alias novem menses: alias menses quinque. Annus consultationibus datus est, id est iis appellationibus quibus Princeps appellatur. Primo quidem Iustinianus in hac specie duos annos dederat in *L. in offerendis vers. his videlicet, C. de app.* De quo tempore loquens idem Justinianus in *L. 3. C. de temp. app.* vetat ultra id tempus vivere consultationem, quantumvis reparatio in eam rem postuletur a Principe, et quæcunque excusatio de ea re obtendatur; simul ea quæ gesta sunt in priore judicio, jubet tradi scrinio sacrarum epistolarum ante dimidiam partem ejus temporis. Id autem est intra annum. Postea idem in *L. ult. §. in his, C. de temp. app.* in his casibus in quibus biennium constituerat, biennii metas (sic enim loquitur) unius anni terminis coarctavit, intra quem etiam gesta colligere et tradere scrinio sacrarum epistolarum permisit. Ubi sine dubio hos casus quos dixi intelligit, ut appareat hic annum mansisse, utraque illa constitutione quammodo retuli emendata. Et notandum hic annum ita dari, ut non distinguatur quibus ex locis deferatur appellatio, propinquis an remotis. Cum autem hic annum dat Justinianus, simul etiam hunc excedi vetat. Quanquam et disertis verbis id cavit in *d. L. 3. Cod. de temp. app.* Sed idem hoc ita accipiendum postea voluit, si alii essent judices appellationis quam Princeps, secundum ea quæ de judicibus hujus generis appellationum supra exposuimus, aut Princeps quidem ipse in consistorio Procerum suorum cognosceret; sed hujus quoque utiliter de caussa adeundi esset copia. Quod si is publicis negociis occupatus copiam sui non faceret, aut non posset Proceres revocare, cavit postea, ne id appellatori esset fraudi, sed caussa maneret integra in id tempus, cum monitus Princeps patres revocari juberet et litem inferri pateretur. Hæc Justinianus. *Novel. 23. de appell. §. ad hæc sancimus.* Unde est *Auth. sed et si, C. de temp. app.* Præterea et tunc annus est constitutus introducendæ appellationi cum appellatur quidem magistratus. Sed ex remotioribus locis deferebatur appellationi, puta Ægypto, Lybia, orientali tractu usque ad utrasque Cilicias numerando, Armeniis vel gentibus vel Illyrico, et ab his transmittebatur appellatio Constantinopolim. Hæc ita definita sunt constitutione Justiniani *L. ult. C. de temp. app.* Et annum hic numerari ipse disertis verbis exponit in eadem lege vers. *sin autem*, illic: *ut partim annale.* Eadem illa constitutione novem tantum menses tunc esse jussit, cum appellabatur ex aliis imperii partibus quam iis quæ supra comprehensæ sunt. Qua constitutione derogavit legi Theodosii, quæ est *L. 2. C. eod. tit.* qua, pro varietate judicum a quibus appellatur, varia tempora statuebantur ad appellationem introducendam. Ideo autem et in hac specie novem menses, et in priore annum esse dicimus, quia in utraque tres menses numerantur intra quos liceat petere reparationem appellationis a Principe, cujus petendæ potestatem confirmat superiore constitutione Justinianus; sed dubitant nonnulli an reparatio hodie locum habeat. Quam si sublatam esse posuerimus, ex anno superiore restabunt duntaxat novem menses, ex novem mensibus restabunt tantum sex.

XVII. Monventur autem illi, *L. 3. C. de temp. app.* et *Nov. 82. de judic. §. cæterum.* quibus in locis Justinianus reparationem appellationis excludit. Sed non animadvertunt in *d. L. 3.* reparationis petitionem inhiberi in consultationibus, et quidem post tempus ad eas introducendas constitutum. Nempe quod satis temporis esset ad eam introductionem constitutum prioribus constitutionibus. Erant enim ante *d. L. 3.* duo anni, nunc est annus. In Novella autem de judicibus nominatim cavet Justinianus ne reparatio locum habeat in ea specie quam proponit, nempe, cum a pedaneis judicibus appellatur in eadem urbe. Ita, cum superioribus in locis nominatim certis tantum in caussis reparatio denegetur, perspicuum est eam quæ antea generaliter concessa erat, cæteris in caussis mansisse. Hactenus igitur et annus et novem menses constituti. Postea Justinianus, ex iis caussis in quibus appellatur magistratus, excepit eam speciem cujus modo mentionem feci, cum scilicet appellatur a pedaneis judicibus in eadem urbe, in qua specie quinque tantum menses ad inducendam appellationem statuit. Primum enim duos menses: deinde item alios tres dedit, adempta reparationis intra tres alios menses petendæ

niendæ, *Cap. 4.* et sequenti *Cap. ex insinuat.* 50. *Cap. oblatæ* 57, *h. t.* cum ut citius tardiusve peragatur, non ad ipsum sed superiorem judicem pertineat, vid. Marant. *h. t. n.* 206. et 422. Vestr. *Lib. 7. Pract. Cap. ult. n.* 3. ibique Gravat. *n.* 24. et Hartm. *Tit.* 24. *Obs.* 9. longiorem autem statuere nequit. Gail. *1. Obs.* 140. *n.* 3. Corset. *Sing.* 9. *v.* a. ...

facultate, ut efficiantur hic tantum menses quinque. Hoc, inquam, in *d. Novel.* 82. *de judic.* §. *cæterum.* Hæc tempora cum esse dicimus intra quæ appellationem introducere liceat, nisi quid aliud adjiciatur, hoc intelligemus licere omnibus ejus spacii diebus quibus appellator velit eam inducere; quoniam, quicunque dies fuerint, verum est omnes intra id spacium contineri: intelligimus et illud licere inducere, quamvis id non petatur a Principe; quoniam supervacaneum est precibus postulari quod jure communi permittitur, *L. unic. C. de Thesaur. lib.* 10.

XVIII. Et quidem in eo anno qui consultationibus, id est iis appellationibus quibus Princeps appellatur datus est, utrumque plane ita fit. Ut enim intelligatur posse hic, cum libet, appellationem induci, nulli hic dies fatales appellatoris introducendi observantur, ut diserte scriptum est in *L. ult.* illic: *Nullius alterius judicis, C. ubi senat. vel clar.* Et adjicitur hunc esse morem et habitum consultationum. Non incommode tamen dicetur, cum appellator consultationem præmature inducet nondum exacto anno, hujus rei (18) certiorem fieri adversarium debere; ne illius factum victori noceat, dum caussa inducitur eo die qui jure notus esse non potest, *arg. in L.* 2. §. *quod si ita, C. de temp. app.* Jam cum reparatio in his nullum locum habeat, quod cautum est in *L.* 3. *C. de temp. app.* nec mutatur in *L. ult. C. eod.* quia ea lex jus antiquum de reparatione confirmans, de his caussis loquitur quæ fuerant more appellationum, non consultationum transmissæ, ut expressum est ea lege in princ. vers. *sancimus.* Cum, inquam, in consultationibus reparatio nullum locum habeat, hæc autem una petatur a Principe; conficitur, quicquid de his introducendis conceditur, jure ipso non precibus concedi.

XIX. Non eadem caussa fuit cæterarum appellationum, earum videlicet quibus appellatur magistratus, et ut constitutiones loquuntur, quæ non consultationum sed appellationum more introducuntur. Nam primum, quanvis sit in his summum quoddam spacium constitutum intra quod liceat inducere appellationem, id nimirum quod supra statuimus; tamen ita jus fuit ut non posset ea induci omnibus ejus spacii diebus quibus appellatori visum esset, sed certis tantum et lege definitis. Id inde licebit existimare, quod constat in his certos fuisse dies qui fatales sint appellati, *L.* 2. *C. de temp. app.* Declarat autem Justinianus in *L. ult.* §. *et cum antea, C. eod.* fatales esse: quibus si appellator venerit et litem instituendam curet, legi quæ est de inducendis appellationibus satisfaciat. Quod si eos non observarit, eveniat ut lis expiret; unde et nomen habent. Fatum enim Latinis, inter cætera, mortem significat; et fato fungi idem est quod mortem obire; ex (19) quo fatales dies dicti, qui si observati non sint appellatio expiret et quasi fato fungatur. Hi autem certi ea de caussa constituti fuisse videntur, ut etiam victori ipsi noti essent; quos idem facile observare posset cum vellet, ne scilicet posset queri se inscio caussam fuisse introductam, ita ut ad defensionem caussæ in tempore occurrere non posset, ut significatur in *d. L.* 2. vers. *quod si ita contigerit, C. de temp. app.* Cæteri dies qui e legitimo spacio inter fatales dies intercedebant, (20) temporales nominati sunt, quia

(18) De devolutione appellationis, et ut ad notitiam appellanti venire debeat, vid. Vestr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 6.

(19) Ita enim lites et actiones vivere legimus, *L.* 3. *C. de temp. app.* (etsi ibi pro *vivendi*, *utendi* reponat Basilicorum auctoritate Leunclav. *Lib.* 2. *Notator. Cap.* 213. sed male) *L. ult. C. de fid. instr.* §. 1. *I. de perpet. et temp. act.* ac mori, *L.* 3. §. 1. *D. Quæ in fraud. cred. L. cum lite mortua* 2. *D. Jud. solvi. L.* 13. §. 5. *C. de jud.* perimi, *L.* 18. §. 4. *de dolo.* Quippe, ut vita hominis ex Philosophorum sententia in fato stare dicitur, fato finiri, et per fatum vita abrumpi. Ita per metaphoram liti quædam adscribuntur vivendi et moriendi spatia, ut terminus pro fato sit, quo lapso mori censeatur. Hinc fata caussarum, ut *not. supra Lib.* 18. *Cap.* 3. *N.* 4. Et in hoc recte conveniunt P. Gregor. 8. *de Appell* 2. *n.* 7. *et* 8. Cujac. 18. *Obs.* 37. Jo. Wames. *ad C.* 5. *Extra. h. t. n.* 2. Beust. *ad L.* 1. *D. de jurej. n.* 87. Fallitur itaque Bodin. 3. *de Rep.* 6. *n.* 324 inveterato errore incongrue sic vocari sentiens. nullum veterum fatalem diem fatalia tempora usurpasse, sed statos dies, statutum tempus. Errorem inde ortum esse, quod qui leges Codicis et Novellarum Latine verterint, pro κυρίας ἡμέρας, legerint [illegible]. Quem refellit et exagitat Cujac. *d. Cap.* 38. Confer. Hering. *de Fidejuss. Cap.* 20. §. 10. *n.* 86. *et seqq.* Plane illud minus appositum videtur quod P. Greg. *d. Cap.* 2. *n.* 9. *et* 10. fatales quoque censet dici posse, quia definiti a lege citra partium placitum, quod et fatum decretum significet, ac quod præter voluntatem nostram accidit.

(20) Diss. Cujac. 12. *Obs.* 4. statuens diem temporalem in *d. L.* 32. §. 4. *C. de app. L.* 63. *C. Th. eod. L. ult. C. Th. eod. L. ult.*

essent ex tempore ad introducendam appellationem constituto, *d. L.* 2. vers. *pen.* Hoc posito, videndum quot dies fatales fuerint inducendæ appellationis, et quinam hi fuerint; de qua re cautum est in *d. L.* 2. Res sic habet: In anno quem supra dedimus, fuerunt hi dies quinque, totidem spaciis temporis quasi intervallis distincti, ita ut finito unoquoque spacio, qui dies sequeretur is esset fatalis. Spacium primum fuit sex mensium; dies primus fatalis is qui eos menses insequitur. *Primi diei fatalis tempora* inquit Theodosius *post appellationem sex mensium esse jubemus.* d. *L.* 2. vers. 2. id est, tempora quæ eum diem antecedunt sunt. Neque enim fatalis dies in sex mensibus numeratur, sed in fine cujusque temporis fatalis dies constituitur, ut expressum est in *L. ult.* §. *et cum antea, C. eod.* Primum hoc spacium tria alia spacia trium mensium sequebantur, quorum unoquoque exacto, numerabantur dies unus qui erat fatalis; ita ut fatalis dies esset non tricesimus cujusque mensis, sed tricesimus primus, ut significatur in *d. L.* 2. vers. *quod si primo*, et duob. seqq. Unde in *d. L. ult.* vers. 2. dicitur post primum semestre spacium alia trium mensium spacia sequi, et additur interpretatio, id est nonaginta trium dierum. His accedit spacium ultimum trium mensium; quibus exactis, statuebatur ultimus dies fatalis quem placebat ex quarto fatali die numerari, ita ut ab eo die esset nonagesimus primus. Eundem diem talem esse, ut vel eo die reparatio petenda esset (de qua mox dicendum est), vel ante unum diem præcedentem, et tum appellatio postremum inducenda; hoc facto legi satisfactum esse, etsi adversarius petitæ reparationis admonitus non esset. Hæc sententia videtur *L.* 2. vers. *quod si contingerit.* Non appellatur quidem hic dies fatalis in *d.* vers. *quod si contingerit*, sed appellatur alibi, nempe in *L. ult.* §. *illud. C. eod.* cum dicitur appellator fatali die introductus caussæ appellationis imponere exordium; ubi omnes dies quibus appellatio induci potest, sine controversia intelliguntur. Et cur non nominetur hic postremus dies fatalis eadem ratione qua superiores, ut appellatio non inducta plane extinguatur? In novem mensibus quos supra posuimus, totidem fatales dies fuerunt, eodem prorsus ordine distributi et iisdem intervallis, præter primum cujus initium est, non post sex menses ut supra, sed post tres duntaxat: de quo constitutum est in *d. L. ult.* vers. *sin autem.* In quinque mensibus quatuor tantum fatales dies fuerunt. Detracta enim reparatione, dies unus fatalis ex superioribus illis quinque detrahitur, sic restant quatuor. Primi initium est post duos menses; reliqui singuli per intervalla unius mensis sive triginta dierum; unde *d. Nov.* 82. *de judicib.* §. *cæterum.* Atque hic primo fatalium dierum numerus fuit. Justiniano postea placuit ut pro uno die fatali decem observarentur, quibus liceret inducere appellationem: quatuor ante veterem fatalem et quinque post eum ipsum diem. Idque propter varios casus, quibus fit ne unus dies facile possit obscurari: hoc in *d. L. ult.* §. *et cum antea, C. de temp. app.*

XX. Cum hoc in temporibus supra definitis observandum est de diebus certis quibus tantum appellatio induci potest, tum et illud cavendum, non per omnes dies appellationem jure ipso induci posse; sed esse interdum cum oporteat id a Principe impetrari. Et sciendum per quatuor primos fatales dies concedi jure potestatem inducendæ appellationis, ut non sit necesse eum per eos dies postulari a Principe. Cæterum si appellator his exciderit, sic expirat jure appellatio, ut nisi beneficio Principis restauretur, et ut leguntur constitutiones, nisi reparetur, non sit amplius locus ejus inducendæ. Et vero conceditur hæc (21) reparatio post tres postremos menses ejus anni, eorum novem mensium, quibus supra quinque fatales dies attribuimus; ex quibus postremus fatalis is est quo reparatio petitur. Hæc, inquam, a Principe postulatur, et concedi solet, *d. L.* 2. §. *quod si contigerit, L. ult.* vers. *sin autem, C. de temp. app.* Hæc tempora quæ supra scripta sunt, si cui longiora esse videantur et sæpe non necessaria, ut dicat injuriam fieri victori, si cogatur expectare donec victus, exacto demum anno, introducat appellationem quam potuit multo ante facile induci. Hoc loco admonendi sumus habere victorem in eo quod sibi gratuletur. Nempe enim et huic datum est non minus quam victo, ut pos-

*de reparat. appell.* eundem esse fatali. Quem laudat Jo. Wames. *ad Cap.* 5. *Extra. hoc tit. num.* 1.

(21) De reparatione hac, item de restitutione in integrum contra lapsum fatalium, vid. Cujac. 12. *Obs.* 4. *et de Div. temp. præscr. Cap.* 16. Mynsing. 5. *Obs.* 98. Gail. 1. *Obs.* 143. M. Antonis. de Amatis *Decis.* 77. Anton. Fab. *Cod. suo de temp. appell. defin. n.* 15.

set, si vellet, introducere appellationem et quidem præmature. Sane in consultationibus hoc victori diserte tributum est a Justiniano, *L. in offerendis, vers. his videlicet, C. de app. L. ult. §. in his. C. de temp. app.* Cur autem ad cæteras appellationes transferri non debeat, non animadverto. Quid enim, an minus in aliis caussis interest victoris id licere, quam tunc cum Princeps appellatur? puto tamen utrumque victori facere licere, ea conditione quam in victo appellationem inducente supra posuimus: cum nimirum victor in consultationibus certiorem adversarium faciat caussam a se induci in cæteris appellationibus, dum caussam inducat uno aliquo ex iis diebus quos fatales diximus, ne alioqui factum ejus victo noceat, cui dies inductæ appellationis notus esse non potuit. Cujus rei argumentum, ut dixi, habemus in *L. 2. §. quod si ita, C. de temp. app.*

## CAP. VIII.

De vi et effectu appellationis ad suum judicem inductæ. Hac inducta appellatorem caussas appellationis reddere debere. In his reddendis quid allegare ad defensionem possit. Et quibus uti probationibus. Cujus sit reddere caussas appellationis: Et intra quæ tempora reddi possint.

*Vis introductæ appellationis ea, ut sententia a qua appellatum, si injusta, corrigatur; idque cum appellanti, tum victori proficere.* I.

*Appellator causas appellationis debet reddere.* II.

*In iis reddendis potest novas instituere probationes.* III.

*Immo et neglectis probationibus institutis, alias allegare.* IV.

*Dominus agere potest causam appellationis procuratore absente, et præsente etiam et invito.* V.

*Pupillus vero aut minor, posiquam tutor aut curator appellavit, non potest; nisi ubi que tutela abierit aut cura.* VI.

*Quin et uterque aut illorum heres, pupillo vel minore cessante, persequi cogitur hujus causam et finita tutela et cura ante rationes redditas.* IV.

*Quisque potest appellationem prosequi vel per se, aut per procuratorem: hic in quibus causis admittitur.* VII.

*Quæ appellationis a nominatione, aut a sententia interponendæ tempora.* IX. X.

I. Deinceps quid delata ad suum judicem et inducta appellatio valeat consideremus. Et hoc (1) efficit eoque comparata est, ut initio dixi, ut rescindatur sententia a qua appellatum est, et in melius reformetur, *L. 1. D. de app.* Et notandum eam semel introductam, non solum hoc beneficium victo afferre qui appellavit, sed etiam victori. Nam et huic, cum semel appellator in judicium venerit, datum est ut non minus et ipse de sententia possit queri si quid minus ex ea sententia consecutum arbitratur. Quin hoc etiam adjicitur constitutione Justiniani, quanvis victor abfuerit, tamen judicem pro officio (2) partes victoris in eo implere debere. *L. ult.* in pr. *C. de app.* Sed hoc ita, si de sorte queratur, non de sumptibus duntaxat. Nam si sent ntiam de sorte agnoscens queratur tantum de sumptibus, quod dicat se jussum minus de his percipere quam oportuit; non licet aliis judicibus de his consulere victori, quam judicibus iis qui ex consultatione, id est ex appellatione ad Principem facta cognoscunt. Hi autem de his sine provocatione statuent, quoniam de his liceat queri; appellationem autem interponere non permittitur. Hæc sententia *L. ult. C. quan. prov. non est necess.*

II. Enimvero hæc vis est appellationis, utique si sententia a qua provocatum est injusta sit, non etiam si justa; nam justam

(1) Vulgo statuuntur duo præcipui effectus: suspensivus et devolutivus, vid. P. Gregor. 6. *de Appell.* 11. *et seqq.*

(2) De hoc et ut appellatus possit adhærere appellationi adversarii, utque sententia in totum suspendatur, et ad favorem appellati reformari possit, vid. Myns. 2. *Obs.* 21. Gail. 1. *Obs.* 122. *n.* 3. *et* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 20. Boer. *Decis.* 73. *n.* 7. *et* 8. Confer Peguera *Decis.* 194. Sic quoque leuteranti deteriorem sententiam dicere potest judex, etsi leuteratus id non petat, Modest. Pist. *P.* 1. *Quæst.* 22.

oportet sententia superioris judicis confirmari, *L. eos*, in pr. *C. de app.* Hinc pendet quid litigatores et judicem in caussa appellationis facere conveniat. Et quod ad litigatorem attinet, quoniam appellando de iniquitate sententiæ queritur, hujus officium est ante omnia appellationis caussam exsequi, id est docere se (3) juste appellasse, *L. hi qui*, *C. de app.* quod nihil aliud est quam reddere caussas appellationis suæ. Unde hæc pro eodem usurpari videmus: caussam appellationis agere, seu exsequi, et caussas appellationis reddere, *L. ult.* §. *ult. D. de app. L.* 1. *D. an per alium caus. ap. red. poss.* Est autem justa caussa appellationis quicquid est quo demostratur judicem inique et contra jus judicasse; ut si, orta de vi et possessione controversia, judex de possessione prius pronunciarit quam crimen violentiæ excusserit, *L.* 1. *C. de app.* et si qua sunt alia, quæ sunt infinita.

III. In his caussis reddendis quæritur possit ne litigator quidquam allegare amplius ad defensionem juris sui quam priore judicio fecerit, et an novis uti probationibus. Item, si caussas aliquas libello appellatorio sit complexus, possitne, his neglectis, alias in agenda caussa reddere. Et priore ita cautum est in *C. eos*, §. 1. *C.* de app. *Si quid in agendo negocio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuit omissum ; apud eum qui de appellatione cognoscit* persequendi jus esse, licere et novas instituere probationes, si quid minus probatum existimet; dum testibus quos producet sumptus ad litem præbeat. Hoc idem et victori tributum est constitutione Justiniani, *L.* 4. *C. de temp. app.* Qua constitutione hoc edictum est superioribus, ita licere utrique parti (4) novis assertionibus uti vel exceptionibus, dum hæ ad novum capitulum non pertineant, sed ex illis oriantur et illis conjunctæ sint quæ apud anteriorem judicem fuerunt propositæ.

IV. De illo altero quod quæri diximus, ita scriptum legimus ab Ulpiano in *L.* 3. in fi. *D.* de app. *Quid ergo si caussam appellandi certam dixerit qui appellavit? an liceat ei discedere ab hac et aliam caussam allegare? an non quasi forma quadam obstrictus sit? Puto tamen, cum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam* (5) *aliam caussam*

(3) Vulgo justificationem appellationis nuncupant, de qua fuse Brederod. *h. Tr. Parte* 2. *Tit.* 33. Enimvero A. Fab. *Cod. suo h. t. defin.* 15. *et Tit. de judic. defin.* 20. apud suos judicatum memorat, quod appellans caussas nullas reddendo, si profiteatur se velle rem cognosci ex prioris instantiæ actis, obtineat, si ex iisdem iniquitas prioris sententiæ appareat; cum scripturæ gravaminum extra processum sint, nec appellationem constituant. Quæ sententia rationem habet. Attamen Gilman. *Lib.* 2. *Decis. Cam.* 42. *n.* 3. testatur quod, ni appellans justificet quoad sententiæ iniquitatem, succumbat etsi de ea vel gravamine consisterit. Et Gail. 1. *Obs.* 128. *n.* 7. *et* 8. libellum appellationis nihil novi, sed meram repetitionem priorum articulorum continentem rejici. Cæterum nec inter DD vulgo satis convenit, anne appellanti de iniquitate an appellato de justitia prioris sententiæ edocere incumbat. Quod non desunt qui statuunt, maxime si reus condemnatus appellavit. Quo de vid. Guid. Pap. *Dec.* 10. Cacheran. *Dec.* 13. P. Gregor. 6. *de Appell.* 13. Brederod. *h. Tr. Part.* 2. *Tit.* 35. §. 1. Sed omnino id appellantis officii esse probat *d. L.* 7. *Cod. h. tit. cap. cum in ecclesia* 38. *Extra. eod. L. un. Si pend. appell. mors. interven. etc.* Nam si reus priori sententia inique condemnatus, actoris probationibus non convictus; non utique hoc necesse erit, ut in appellatione negativam probet, sed ostendat oportet ex prioris litis instrumentis illi probationem actoris sufficientem non inesse.

(4) Novæ probationes non fiant super alia re quam antea vere in judicium deducta; vid. Mathesilan. *Sing.* 240. Gilman. *Lib.* 1. *Decis. Cam.* 22. *n.* 8. *et seqq.* Et regula *Non deducta deduram etc.* locum habet in concernentibus decisionem negotii principalis; itaque purgari possunt omnes errores, qui caussas caussæ concernunt, Hieron. Bruckner. in *Corollar.* 1. *ad Decis. Maynardi n.* 10. Non autem ea sic reparari possunt, ex quibus ad decisionem caussæ nihil infertur, ut sunt declinatoriæ et dilatoriæ judicii exceptiones, Magon. *Decis. Florent.* 98. *n.* 11. (ubi ejusdem naturæ esse vult cautionem pro relevando sequestro,) Sich. *ad L.* 13. *C. de Proc. n.* 13. quia, ait, appellatio ponit rem in eundem statum quo erat post litem contestatam. Jam vero in priori instantia non licuit objicere post judicium acceptum exceptiones dilatorias, sed peremptorias solum. Ergo nec hic aliæ audiuntur. Confer *not. supra Lib.* 22 *Cap.* 9. *V.* 26. Testes quoque novos super iisdem vel directo contrariis articulis producere vetitum, *Nov. Elect. Sax.* 21. *Part.* 1. Quod et jure Canonico cautum, ob eundem subornationis metum *Clem. ult. de testibus*, et num juri civili consonum sit disceptatur. Ac Myns. 1. *Obs.* 41. etsi contra in Camera receptum sit, aliam tamen et quod jus Civile Canonico in eo conveniat, veriorem receptioremque censet. Verum et in hoc ipso quoque adversatur Rainal. Coras. 2. *Indag.* 6.

(5) Et si plura gravamina proposuit, sufficit alterum probare, per *L.* 13. §. 1. *h. t.*

*provocationis reddere, persequique provocationem suam quibuscumque modis potuerit.*

V. Sed in hac potestate duo cavenda sunt. Interest enim primum quis caussas reddat appellationis quoniam non omnes ad caussam appellationis agendam admittuntur, etiamsi maxime eorum intersit. Deinde intra quæ tempora caussæ reddantur. Nam et hæc certa esse placuit et ejusmodi, quibus exactis, sententiæ priori standum sit. Et si de persona agentis quæritur, potest qui appellavit idem et caussam appellationis agere, sive suo nomine agat sive alieno, *L. tutor, D. de app.* Sed ille semper, ut in re ad jus suum pertinente; hic hactenus dum dominus litis jure non prohibebat, hic prohibet cum actionem caussæ, quatenus per leges licet, susceperit. Neque enim duo domini esse possunt ejusdem litis non magis quam cæterarum rerum ut sub titulo de procuratoribus disseruimus. Quid hic domino litis liceat, videamus. Et certi juris est posse et hunc caussam exequi appellationis, quamvis hujus procurator litigando appellationem interposuerit. *L. dominus, C. de appellationib.* Sed an cessante procuratore id facere potest, an et invito, et denique quoties visum illi fuerit? Verba superioris rescripti de hac re consulenda sunt. Aiunt Imperatores: *Dominus litis caussam appellationis quam procurator suus litigando interposuit, etiam absente procuratore exequi potest.* Qui dicunt *etiam absente procuratore*, hoc includunt, non minus et præsente eo dominum litis caussam exequi posse. Et cum non distinguatur utrum procurator caussam agere paratus sit an neget, suspectus sit an non sit, satis argumenti est domino, quoties ei visum erit, caussæ suæ actionem permittendam esse, vel invito procuratore. Sed et in *L. ult. D. an per alium caus. app. red. poss.* generaliter ita scriptum est: *magis tamen observatur ut audiri debeat in caussis appellationis is cujus absentis procurator appellavit.* Non memoro quod in *d. L. ult.* Macer quæstionem ita posuerat: *an, cessante procuratore, dominus litis respondere possit exemplo adolescentis videamus.* Nam cum responsio certa sit et generalis, non quid proponat, sed quid respondeat spectare debemus; alioqui dicendum erit, si procurator non cesset, non posse dominum litis mandatum revocare et caussas appellationis reddere, quod tamen adolescenti conceditur, finita curatoris administratione.

VI. Hic nobis excipiendi sunt pupilli, et adulti quorum tutor aut curator in negocio eorum appellavit. Non enim hi possunt caussam appellationis persequi nisi hac lege, si is qui appellavit tutor aut curator esse desierit: ut si interim adoleverit pupillus, aut adultus ad legitimam ætatem pervenerit, *L. ult. §. ult. D. de app.* Fortassis ideo quia, quandiu supersunt qui primi experti sunt, non sunt invito adversario alii admittendi qui idonee caussam tueri non possunt, ut significatur in *d. L. ult.*

VII. Cessante autem minore caussam ad se pertinentem exequi, non tantum potest tutor aut curator, quamvis finita tutela aut cura, caussam a se ceptam agere; sed etiam cogitur, alioqui eorum periculum est; usque eo tamen donec rationes reddiderint. Nam post redditas rationes caussas appellationis non coguntur reddere. Non hæc tantum tutoris et curatoris conditio est; sed etiam his mortuis, heres in periculum medii temporis succedit, *L. tutor. D. de app. L. unica. §. ult. D. si penden. ap. mors. interv. L. ult. D. si tut. vel cur. vel mag. L. un. C. ut cau. post pub. ads. tut.*

VIII. Quibus autem caussas appellationis reddere et litem exequi permittitur, licet his reddere et per se et per (6) procuratorem, *L. Lucius, D. de app.* Sed per procuratorem in his caussis in quibus ab initio per procuratorem agere liceret, *L. 1. D. an per al. cau. ap. red. poss.* Sunt ex his qui non tantum possint caussam appellationis cœptam persequi, sed etiam cogantur. Sed de hoc tunc agendum mihi videtur, cum quæritur an quis litem appellationis omittendo, pœnam temere appellantibus inductam possit evitare. De quo postea.

IX. Caussæ appellationis intra tempus præfinitum repræsentari debent alioquin magistratus ad quem appellatum est, rem judicatam (7) exsequitur. *L. si contra, C. de app.* Ut intelligamus nullum locum appellationis

*Cap. significavit. 48. Extra. eod.* modo tendant ad eundem effectum; secus si ad diversos, ex Mansero et Guidone Papa Brederodus *h. Tr. P. 2. T. 35. §. si plura gravamina.*

(6) Vid. *Cap. sæpe contingit 44. Cap. interposita 70. §. 1. Extra. h. t.* Requiritur autem responsalis idoneus, ut vocat *d. C. 44.* scilicet cui aut tota caussa agenda aut defendenda commissa, aut specialiter appellationis prosecutio et justificatio. Quod si non recepta appellatio a judice nec ab adversario approbata, cum ad impetrandum scilicet rescriptum et contradicendum iis qui contra nitentur, constitum esse sufficit *d. C. 70. §. 1. etc.*

(7) Immo, si lapsu fatalium deserta appellatio vel judex superior desertam pronunciavit, executio est prioris judicis, ad quem jurisdi-

relinqui ei qui intra (8) tempus legitimum caussas non reddiderit. Fuit hoc tempus duorum mensium tum cum a munere delato appellatur, quos placuit adversus præsentem computari statim; adversus absentem tunc cum primum cognovit nominatiunem contra se celebratam. Sic enim accepta est *L. 1. C. de temp. app.* tametsi verba legis ita sunt, ut dicat spacium interponendæ appellationis computandum esse ex eo die quem modo diximus. Quæ verba non de interposita exercenda, sed de interponenda ea quæ nondum interposita est, accipienda esse videntur. Sed cum constet ex *L. 1. §. quod in sententiis, D. quan. app. sit* intra eosdem dies appellari debere a nominatione muneris, intra quos appellandum est a sententia, eo decursum est, ut existimetur in *d. L. 1.* duos menses non ad interponendam appellationem referri, sed ad exercendam; qui tamen computandi sunt ex die interponendæ appellationis, quemadmodum et illi dies intra quos appellari debet, *L. 1. §. ult. D. quan. app sit.*

X. Aliud juris est cum a sententia provocatur. Hujus generis appellationibus exercendis Justinianus annum præstituit ita ut hoc exacto, perinde rata sit prior sententia, quasi provocatum non esset. Nisi tamen appellator doceat per se factum non esse quo minus caussam perageret, sed aut judicis injuria aut alia inevitabili caussa esse prohibitum; quo probato, jussit (9) alterum annum accedere. Biennio vero transacto, vetuit amplius appellatorem audiri, ne si per judicem quidem steterit quo minus caussam exsequeretur; *cum, inquit, sit ei apertissima facultas et nostram adire majestatem, et* (10) *tarditatem judicis in querelam deducere, et nostro beneficio perpoliri*: hoc in *L. ult. §. illud C. de temp. app.* de qua constitutione idem multis agit in *Nov. 50. de his qui ingre. ad app.* in prima parte ejus constitutionis, eandemque illam in extremo ejus partis nominatim confirmat. Sed quoniam videtur velle ea constitutione aliquid in jure superiore innovare, quidnam illud sit quod agit, dicendum videtur. Et animadverto esse quod superiori legi adjiciat, non quo illi quidquam derogel. Nam, si vellet victor, appellatore cessante, obtinere ut sententia confirmaretur, etiam biennio nondum exacto potestatem fecit (11) id postulandi a judice appellationis, sed sub finem bienii, tunc cum unus adhuc mensis ex biennio superest. Quo postulato, si etiam

ctio revertitur, et qua judex appellationis ob desertionem caret, per *L. ult. §. 4. C. de temp. app.* verbis *Sententiam ad effectum perduci tanquam si ab initio minime fuerit provocatum*, et arg. *Cap. cum. in ecclesia.* 38. *Extra. h. t. Clem. pen. eod.* Gail. 1. *Obs.* 113. *n.* 14. *et Obs.* 137. *n.* 3. Myns. 4. *Obs.* 94. Wurms. *T.* 23. *Obs.* 3. *n.* 2. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *T.* 41. *f.* 683. Certe *d. L.* 8. Donelli opinionem non probat. Neque enim inde apparet an rector de quo ibi, appellatus fuerit, an alius ab illo. Atque hic judex superior nec ex consensu partium de caussa principali judicare potest, nisi si iniquitas appellationis constet ex litis intrumentis, ubi sententia prior confirmari potest. Quod proderit appellato ad hoc, ne desertor adversus lapsum fatalium impetrare possit, Gail. *d. Obs.* 137. *n.* 1, *et* 2. In Curia provocationum Elect. Sax. appellationem desertam pronunciari oportet, et caussam ad judicem a quo remitti, quam is non prius exsequitur quam ubi ea sententia in judicatum transit, Moll. 4. *Semestr.* 32. *n.* 5.

(8) De fatalibus prosequendæ et finiendæ appellationis. vid. Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 228. *et seqq.* P. Gregor. 6. *de App.* 10. Menoch. *Arbitr. Cap.* 446. Myns. 1. *Obs.* 31. 5. *Obs.* 57. *et* 6. *Obs.* 12. Gail. 1. *Obs.* 141. Quintilian. Mandos. *in Casib. annalib. n* 134. Vestr. *Lib.* 3. *Pract. Cap.* 5. ibique Gravat. Jure Saxonico habentur præter annum sex hebdomadæ et tres dies, *Lib.* 1. *Art.* 38. Coler. *Decis.* 140. *n.* 4. Verum in judicio appellationum Elect. Sax. appellatio introducta proximis sessionum diebus qui semestri lapso recurrunt, peragenda appellanti, ni legitime se impeditum doceat, alias deserta judicatur, Moller. 4. *Semestr.* 32. *n.* 3.

(9) Vid. Gilman. 2. *Decis. Cam.* 42. *n.* 39. *et seq.* ubi quæ requirantur ut detur annus secundus, Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 231. *et seq.* ubi contra DD. vulgo satis adstruit, non simpliciter dari biennium, sed existente caussa impedimenti. Atque hic protestari de diligentia oportet, alias negligentia in judice non præsumeretur. Gravat. *ad Vestr. Lib.* 3. *Cap.* 5. Nec unica protestatio satis, sed aliquoties repetenda, Gail. 1. *Obs.* 141. *n.* 9. Quod tamen in curia Procurationum Electora linecessarium non esse, monet Moll. *d. Cap.* 23. *n.* 4.

(10) Quod hodie non servatur. Raro quippe in locis qui jure communi reguntur, appellationes biennio terminantur, (etsi apud nos pleræque citius) Gail. *d. loc. n.* 8. Et in Curia Romana quoque post biennium prorogationem fatalium peti licere bis et ter, quoties judici videtur, Vestr. *Lib.* 3. *Pract. aulæ Rom. Cap.* 5. Judici vero a quo idem non licet, vid. *Cap. præced. N.* 11.

(11) Quod declarantem vide Gail. 1. *Obs.* 122. *n.* 3. *et* 4. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. *n.* 8 *et seqq.* Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 244. ibique Joan. Ruland. *in addit.*

victor appellatorem perquisiverit, jussit judicem cognoscere et judicare, sive appellator iovenlus erit et copiam sui faciat, sive neutrum. Sed pro hoc commodo, illud incommodum victoris esse voluit, quod non patitur secundum victorem semper sententiam ferri, ut illi prior sententia confirmetur; quod utique semper fieret, si ille bienniom exire pateretur; sed hac conditione, si ex his quæ acta sunt, compererit victorem jure superiorem esse; sin contra, jubet pro appellatore, quamvis absente, ferri sententiam; hactenus tamen, utroque casu, semper absens in sumptus litis condemnetur: hinc sumpta *Auth. ei qui, C. de temp. app.* Idem, et post biennium, agendi potestatem fecit duabus in caussis. Una est cum appellationis caussa (12) agitur in consistorio Principis, et per procerum ordinem factum est quo minus intra biennium sententia ferretur. Iniquum enim putavit propter occupationes, ut loquitur, quas circa ministeria Principis habere noscuntur, caussas hominum deperire. Hoc in *L. ult. §. si tamen, C. de temp. app.* Altera caussa est cum, lite appellationis cœpta, aliqui arbitri eligantur a litigatoribus, et cum interim hi cognoscunt, biennium exiit. Hic, si forte postea caussa redeat ad judicem appellationis, jussit nihil obesse id tempus quo res arbitrorum cognitioni subjecta fuit, sed hoc neglecto, integrum legitimum tempus appellatori servari, etiamsi decies millies biennium præteriisset (13). Hoc in *Nov. 93. de app.* unde *Auth. si tamen, C. de temp. app.* Quod caussis tribuit Justinianus, hoc personæ tributum est a Constantino. Hic enim (14) heredibus appellatoris in universum consoluit ita, ut his, præter legitimum tempus quod restabat vivo, indulgeret quatuor menses inde numerandos, ex quo tempus ad deliberandum concessum præterierit. Lex est *ultima, C. si penden. app. mors interv.*

(12) *Cap anteriorum* 28. §. *ad hæc Cap.* 2. *Quæst.* 6. Hic fatalia prosequendæ non currunt in Camera, vid. Gail. 1. *Obs.* 131. *n.* 7. etsi si eadem coram inferioribus antea non servata, appellatio ceu deserta non recipitur *ibid. num.* 8.

(13) Vid. Mathesil. *in d. Auth. si tamen, et Sing.* 24. Cujac. *in d. Nov.* 33. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 2. Maranta *P.* 6. *h. tit. n.* 242. Anton. Gabr. Rom. *Com. Conclus. Lib.* 2. *Tit. de Arbitr. Concl.* 4. Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 17. et ibi Gravat. *n.* 41. quid aliud statuit, si in arbitratores compromissum. Num autem alias conventione partium fatalia hæc extendi possint. anceps contentio est. Receptior vero est affirmativa. quæ et in Camera recepta dicitur. Gail. 1. *Obs.* 141. *n.* 6. etsi in illo obloquatur Gravat. *ad Vestr.* 7. *Pract. ult. n.* 42.) Pro qua facit *Clem. quamdiu* 4. *t.* Eamque pluribus firmant Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 236. *et seqq.* Asin. *Praxi jud.* §. 2. *Cap.* 9. add. Corset. *Sing.* 9. *n.* 1. Mathesilan. *ad d. Auth. si tamen C. de temp appell. n.* 10. *et seqq.* Tessaur. *Decis.* 244. Trentac. 2. *Pract. Resol,* 10. *n.* 14. Et sane ea aperte confirmata est *Const. Frider. de pace Constantiæ, §. in caussis appellationum.* Quin in curia appellationum Elect. Saxon. etiam tacite hæc fieri potest prorogatio, neutro videlicet comparente, aut appellato de desertione non conquerente, Moll. 4. *Semestr.* 32. *n.* 5. Plane quin coarctare partes possint minus dubitandum, quia hæc contractio publico favori convenit, ut lites citius dirimantur, Asin. *d.* §. 2. *Cap.* 10.

(14) Vid. Mathesilan. *ad d. C.* P. Greg. 8. *de App.* 4. *n.* 8. *et seqq.* Quod pauperi fatalia non currant, Vasq. 1. *Ill. Contr.* 41. *n.* 2. *et seqq.* Vestr. *Lib.* 7. *Pract. Cap. ult. n.* 20. Gail. 1. *Obs.* 146.

## C A P. IX.

**Quod sit officium judicis in caussa appellationis; et quæ sint huic judicio cum priore communia, quæ hujus propria.**

*De judicis officio communia quædam priori judicio, quædam appellationis propria.* I.
Communia *quinque.* 1. *Ut litigantes patienter audiat intra tempora appellationis.* II.
2. *Ut integra omnia et illæsa pendente appellatione servet et tueatur: quæ hæc sint.* III.
3. *Ut redditæ appellationis caussas cognoscat, et sententiam proferat; vel iis minime redditis, rem judicatam confirmet atque exequatur.* IV.
4. *Ut justam esse pronuntiet vel injustam prioris judicis sententiam (hanc æstimari ex eo tempore quo lata fuit).* V.
*Item ut fructuum, et litis sumptuum nomine victum condemnet, seu in id quod interest, cum agitur de facto.* VI.
5. *Ut sententiam ipse suam, si ab ea provocatum non fuerit, exequatur etiam in criminibus.* VII.
Propria. 1. *Ut et pendente appellatione innovetur aliquid interdum, in pœna, et quatenus.* VIII.
*Item in sequestratione, duobus in casibus.* IX.
*Quid in cæteris rebus et adversus alios, præter appellantem innovetur;* X.
2. *Ut in appellationis judicia possit magistratus superior caussam alteri delegare, et etiam uno ex litigatoribus agente ferre sententiam.* XI.
3. *Ut imponere pœnam teneatur injusto appellatori.* XII.
*Nisi in tempore renunciaverit appellationi aut transegerit.* XIII.
*Quid si, eo interim decedente, renunciavit heres aut prosecutus fuit appellationem.* XIV.
4. *Ut, si pendente appellatione reus decesserit, crimen extinguatur, sed bonorum quæstio supersit.* XV.

I. Nunc de officio judicis, id est quid eum litigatoribus in hac caussa propter appellationem præstare oporteat videamus. Et sunt pleraque in hoc genere cum iis quæ in primo judicio præstanda esse diximus communia, ut de his monere tantum sufficiat; quædam propria hujus judicii, quæ ideo præcipue animadvertenda videantur.

II. Illa communia. Primùm quia hic de quo diximus, judex est, eumque caussas appellationis cognoscere oportet; ideo ejus officium est ut litigatores caussam agentes patienter audiat intra tempora constituta.

III. Proximum est ut, quoniam dum caussa agitur, in suspenso est an quod ante judicatum est, valeat nec ne; idcirco interim perinde habeatur quasi nec judicatum esset. Hac de caussa, pendente appellatione, nihil innovetur, sed omnia appellatori (1) serventur integra in id tempus

(1) *Nov.* 134. *Cap.* 3. *in fin.* Et ita Frider. II. Imp. apud Petr. de Vineis *Lib.* 5. *Epist.* 46. *in fin. et Epistol.* 81. 84. 89. *etc.* quod attentatum sit, in irritum revocari et in statum pristinum reduci jubet. *Cap. bonæ* 51. *Extr. h. t. et simil.* Unde vulgatissum illud: Attentata ante omnia revocanda; vid. citatos *infra Cap. N.* 9. Et appellatione manus clauditur inferiori ac facultas ulterior constringitur. Damhud. *Praxi civ.* 242. *n.* 2. et DD. passim. Uti et intra decendium datum appellationi, Corset. *Sing.* 7. *n.* 1. Etsi justæ appellationi non deferens exsequi velit, ei de facto resisti potest. Coras. *de Jur. arte P.* 2. *Cap.* 8. Sed et appellans pendente appellatione si quid innovet, deserere appellationem ac ei renunciasse censetur, maxime si adversarium possessione sua spoliet, *Cap. an sit.* 42. *h. t.* tum quia actus is contrarius litis pendentiæ, tum quia judicem contemnens juris auxilio indignus. Vid. Gail. 1. *Obs.* 146. *n.* 12. *et seqq.* Myns. 2. *Obs.* 50. Menoch. *Arb. Casu* 16. *n.* 2. Lanc. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 4. *Limit.* 2. *n.* 96. *et Part.* 3. *Cap.* 31. *n.* 252. P. Greg. 7. *de App.* 3. *n.* 4. *et* 5. *et Lib.* 4. *Cap.* 4. *n.* 10. Quod tamen temperant nonnulli, Cothman. *Jur. Resp.* 96. *n.* 87. Plane innovare non dicitur, qui possessionem suam continuat, Menoch. *Recup. poss. Remed. ult. n.* 49. P. Æmil. *Decis. Rotæ.* 51. *Parte* 1. Ant. Fab. *C. suo lib.* 1. *T.* 10. *definit.* 1.

cùm de re pronunciatum fuerit, *L. unica, D. nihil innov. app. interp. L.* 3. *C. de app.* Quod jus non solum ad bona, sed etiam ad statum personæ, et quicquid est quod legibus cuiquam tribuitur pertinet, scilicet ut appellatione pendente, neque sequestrationem rei possessæ, neque ejus restitutionem, neque vincula, neque ordinis aut famæ jacturam, neque omnino ullam pœnam pati debeat is qui appellavit. qui quid eorum ante condemnationem pati non deberet; sed sint ei omnia in eodem statu. Cujus rei exempla extant in *d. L. unica.*

IV. Tertium est in ufficio judicis ut, si caussæ appellationis intra tempora constituta redditæ fuerint, (2) eas ille cognoscat; in his merita caussæ consideret; sic deinde sententiam proferat, *L. eos*, §. *super, C. de app.* Si redditæ non fuerint, non minus et hic sententiam ferat ac rem judicatam confirmet, quam deinde (3) exequatur, *d. L. eos arg. L. si contra, C. eod.* Et quemadmodum primus judex judicare ipse cogitur, ita de iis qui de appellatione cognoscunt con *i* *i*. tutum est, ut omnem caussam propria sententia determinent, non (4) ad suum judicem negocium remittant, *d. L. eos*, in princ.

V. Quartum positum est in senteutia quæ et ipsa ferri debet de eo quod positum est. Hoc autem agitur appellatione, ut declaret judex sententiam prioris judicii injustam esse aut justam. Quapropter et hoc ipsum (5) pronunciare jubetur. *d. L. eos.* in princ. Quo loco existit dubitatio, si forte jus secundum quod, aut contra quod prior sententia lata erat, mutatum sit postea, ut nunc quidem diversum sit cum res ex appellatione judicatur: utrum justa vel injusta sententia pronuncianda sit ex eo jure quod nunc est, an ex eo quod priore judicio valuit. Et de hac re nominatim constitutum est a Justiniano *Novell.* 115. *ut cum de appell.* in princ. videri æquum ut secundum eas leges appellationis caussa examinaretur et finem acceperit, (6) quæ tempore prolatæ ante sententiæ obtinuerunt. Et

(2) Quid si sententia prior plura capita continuit, ac a quibusdam appellatum, nunquid tota caussa suspensa et ad superiorem devoluta, an vero pro parte ea qua non appellatum est, inferior exsequi potest? Variant nostri. Quidam indistincte totam jurisdictionem suspendi æque ac si ab omnibus articulis, etsi articulus is a quo appellatum, cum reliquis nihil commune habeat, Damhuder. *Praxi civ. C.* 242. *n.* 2. Alii distinguunt an capitula sententiæ connexa sint an separata. Boer. *Decis.* 73. Trentacinq. 2. *Pract. Resol. h. t. Resol.* 7. *n* 13. *et seqq.* Ant. Fab. *C. suo h. t. defin.* 2. *n.* 6. add. Zobel. *P.* 1. *Diff.* 41. *n.* 3. qui eam opinionem, quod pro parte suspendatur usu servari scribit. Confer Petr. Heig. *P.* 2. *Q.* 21. Vinc. de Franch. *Decis.* 467.

(3) Nec in hoc DD. omnino conveniunt. Receptior tamen est quod superior exsequatur. etsi confirmet priorem sententiam. modo expresse, caussæ meritis excussis (non si propter desertionem, aut lapsum fatalium. vid. *not. C. præced. N.* 7.) Mynsing. 4. *Obs.* 94. et 5. *Obs.* 94. Coler. *de Process. exsec. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 97. Brederod. *h. Tr. P.* 2. *Tit.* 41. *fol.* 686. Diss. P. Greg. 8. *de Appell.* 5. *n.* 4. Cujac. 20. *Obs.* 36. Quos etsi non satis revincat *d. L.* 6. *pr.* cum per recursum ibi remissio cognitionis caussa, non autem executionis intelligi possit, nec *L.* 32. §. 2. *C. hoc tit.* quæ de judicato accipi potest. quo prior sententia injusta pronunciatur, Cujac. *d. loc.* Satis tamen refellit, *Auth. si quis litigantium C. de Episc. et Cler.* verbis: *Per sententiam suam confirmet et exsecutioni propriæ tradat.* etc. Sane, si ab interlocutoria male appellatum pronuncietur, ad priorem judicem cujus officium nec dum finitum est, recurritur. *Cap. cum in Ecclesia,* 28. *Cap. ut debitus.* 59. *Extr. h. t.* Mynsing. 4. *Obs.* 94. Gail. 1. *Obs.* 131. *n.* 2. *et* 2. *seqq.* ubi tamen si inferior detulerit appellationi, cum eo ipso jurisdictionem omnem a se abdicaverit, non teneri superiorem caussam remittere, sed posse, si velit: idque expresse tunc fieri debere docet; add. Wurmser. *Tit.* 24. *Observ.* 27.

(4) Quin, etsi ab interlocutoria appellatum si male judicatum pronunciatur, tota caussa ad superiorem devolvitur. *d. Cap.* 59. *h. t.* Gail. *d. Obs.* 131. Notabilisque eo casu cautela pro appellato traditur, ut renuncians articulo appellationis, in caussa principali cognosci petat; quod appellans impedire non poterit, tum quod ipse jurisdictionem inferioris appellando declinaverit, tum quod si appellatio ejus justa pronunciaretur, caussa tota ad judicem appellationis non minus devolveretur, Gail. 1. *Obs.* 136. Blarer. *in L. diffamari Cap.* 10. *n.* 32.

(5) Nil vero refert an verba dirigat ad appellationis, an ad sententiæ actum. Perinde est, sive dicat bene vel male judicatum, sive hæc, ut stilus fere est, conjungat: sive neutrum dicendo condemnet aut absolvat; vid. Hartm. *Tit.* 18. *Obs.* 6. Wurmser. *Tit.* 24. *Obs.* 28. Tametsi olim plerumque ita pronunciari consuevisse justam injustamve appellationem videri probat Cujac. 4. *Obs.* 18. ubi et rejicienda formula hæc tempore Constantini: A re bene judicata temere appellasti furoris audacia.

(6) Petr. Gregor. 8. *de Appell. ult. n* 10. Sicuti quoque sententia ferenda. Statuta et consuetudines loci, ubi primo caussa tractata,

recte; non enim quæritur qualis esset ea sententia si nunc ferretur, sed qualis tunc fuerit cum lata est. Quod sane ex eo jure quod tunc fuit æstimandum est.

VI. Quod autem dicitur de priore sententia ita pronunciatum esse, justam hanc esse aut injustam, non eo pertinet quasi non ultra progredi judex debeat; sed quemadmodum in priore judicio, sic in hoc et victus de fructibus qui percipi potuerunt usque ad tempus rei judicatæ, itemque in sumptus litis (7) condemnandus est. Nec minus cum de facto agitur, condemnatio facienda est in id quod interest, id est in æstimationem damni quod adversarius passus est ob id, quod factum non est quod fieri debuit. Ex quo est illud, quod de his qui honore aut munere sibi delato appellarunt constitutum est, ut is qui non juste appellavit, damnum agnoscat, si quod Respublica passa sit, *L. Imperatores, §. si magistratus, D. de opp. L. 1. D. si tutor vel cur. vel magist.* Hoc enim eo fit, quia qui ad munus vocatus erat, rem gerere debuit; quod non fecit qui munus detrectans appellavit.

VII. Reliquum est in judicis officio, ut quamcunque sententiam dixit a qua provocatum non est, is rem judicatam etiam (8) in criminibus exsequatur, *L. si contra L. addictos*, in fi. *C. de app.* In quibus omnibus easdem partes officii prioris judicis, eundemque ordinem rei quærendæ animadvertere possumus.

VIII. Sed sunt quædam, ut dixi, appellationis propria. Primum, quod dixi appellatione pendente nihil innovandum, ejusmodi est, ut non sit perpetuum. Et quidem (9) in pœna et sequestratione bonorum interdum secus se habet. In pœna sic accidit. *Si quis enim ex pluribus facinoribus condemnatus propter quædam appellavit, propter quædam non:* extat Ulpiani distinctio in *L. un.* in fi. *D. nihil innov. ap. inter.* in hæc verba, *ut si quidem graviora sint crimina propter quæ appellatio interposita est; levius autem id propter quod quis non appellaverit, recipienda sit omnino appellatio. et pœna differenda. Si vero graviorem sententiam meruit ex ea specie ex qua non est appellatum*; id est, si in ea specie qua pravius crimen versatur unde est gravior sententia, appellatum non est *omnino*, inquit, *pœna imponenda est.* Cujus distinctionis fortassis illa ratio est quod, una pœna imposita, periculum est ne tantum de facultate sequentis pœnæ ferendæ detrahatur; ex quo etiam sequenti caussæ præjudicium fieri videtur. Scimus autem per minorem caussam majori præjudicium fieri non debere; quod non in contrarium valet, *L. per per minorem, D. de judic.* Ita minor pœna semper differenda est, major omnino imponenda.

IX. Sequestratio autem pendente appellatione duabus in caussis usurpatur. Primum, tunc cum non a sententia, sed ab executione sententiæ appellatur; quibus in caussis id licet facere. Hic enim cautum est constitutione Valentis *ut si res mobilis est ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta, posses-*

Guid. Pap. *Decis.* 237. *n.* 1. Heig. *P.* 1. *Q.* 4. *n.* 40. Rauchbar. *P.* 1. *Q.* 1. *n.* 27. Dissentit quodammodo Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 21. *n.* 3. Ejusdemque naturæ est caussa appellationis cujus caussa principalis, ut si illa summaria, et hæc, Vinc. de Franch. *Decis.* 520.

(7) Indistincte, si appellans victus *Cap. fin.* 5. *de dol. et contum.* Gail. 1. *Obs.* 152. *n.* 4. vid. tamen Petr. Gregor. 8. *de Appell.* 5. *n.* 8. Sed si appellatus, tunc ubi ex veteribus actis lata sententia, ut not. *supra Lib.* 26. *Cap.* 3. *N.* 8. *cir. med.*

(8) *L.* 32. §. 2. *Cod. eod.* Quod expeditum apud omnes. cum sententia prior infirmatur, Cujac. 20. *Obs.* 36. Coler. *de Process. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 98. non æque quando confirmatur ut *not. h. C. N.* 3.

(9) Longe plures a DD. proferuntur. Nam Lanc. Conrad. *de Off. Præt. in causs. civil.* v. *appellatio n.* 20. *et seqq.* casus 23. exceptos refert; et limitationes 54. statuit Rob. Lancellot. *de Attent. P.* 2. *Cap.* 12. qui de his fuse tractat. Adire quoque potes Petr. Greg. *Lib.* 7. *de Appell. toto.* Marant. *hoc. tit. n.* 173. *et seqq.* Vestr. *Lib.* 8. *Pract. Cap.* 4. Gail. 1. *Obs.* 144. *et* 2. *seqq.* Mynsing. 1. *Obs.* 26. *et* 3. *Obs.* 33. Ottom. Meland. *Comm. Cameral. Parte* 5. Rauid. *Decis.* 13. *n.* 5. *et seqq. et decis. seq.* Guid. Papæ. *Decis.* 213. Afflict. *Decis.* 251. *ac seq. et* 354. P. Æmil. *Decis. Rotæ.* 49. *et seqq. P.* 1. Ant. Fab. *C. suo Lib.* 1. *Tit.* 10. Fr. Pfeil. *Cons.* 175. Sixtin. *Cons. Marp.* 18. *n.* 60. *et seqq. Vol.* 2. Quod hoc jus non habeat locum quoad tertium ratione sui interesse aliquid molientem, nisi innitatur juri caussæ principalis, Menoch. *Recup. poss. Remed. ult. n.* 49. Sententia pro paupere lata ita suspensa, quod is interim ex fructibus bonorum litigiosorum ali debeat, Cornel. Benincas. *de Privileg. paupertatis. Quæst.* 7. *Special.* 4. *n.* 17. Et quæ ad faciliorem expeditionem appellationis faciunt, ac in commodum appellantis, non vetita judici, *Cap. cum teneamur*, 17. *Ext. h. t.* modo articulo appellationis se non immisceat, vid. Moller. 4. *Semestr.* 32. *num.* 6.

*agri res eadem detrahatur, et sequestri idoneo collocetur, reddenda ei parti pro qua sacer cognitor judicaverit. Quod si de possessione vel de fundis exsecutio cessaverit, fructus omnes qui tempore interpositæ provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, jure fundi penes eum qui oppellaverit, constituto :* verba sunt legis *ab exsecutione, L. quor. app. non recip.* Sed et tunc cum appellatum est a sententia, visum est æquum esse fructus agri de quo disceptatio est, apud sequestrem deponi, si possessor doceatur eos populari: ita cavetur in *L. Imperatores, §. ult. D. de app.*

X. Præterea, etsi cæteris in rebus nihil innovatur adversus eum qui appellavit, est tamen interdum quod propter appellationem interpositam innovetur adversus alios; quod fit in eo genere appellationis, cum ab honore delato appellatum est. Constitutum est, enim si magistratus creatus appellaverit, interim collegam ejus utriusque officium sustinere debere, credo, quod in ea re nihil magni oneris imponatur ei qui utriusque personam sustinebit. Honos enim amplior defertur, non munus imponitur. Itaque non idem servatur, cum tutor aut curator a munere delato appellavit: sed placuit in locum ejus qui appellavit, alium esse dandum quoad usque appellatio pendeat. Hæc in *d. L. Imperatores, §. si magistratus*, et seq. *D. de app.*

XI. In potestate sententiæ dicendæ duo hic singularia. Unum, quod non semper cogitur judex sententiam dicere. Permittitur enim superioribus magistratibus, ut Præfectu prætorio, caussam judicio Rectoris provinciæ (10) delegare, sive mediocritas negocii vel longinquitas regionis ad judicium supremi magistratus litigatores sine evidenti incommodo venire non patiatur, *L. cum post C. de app.* Alterum quod, dum sententiam feret, id facere potest vel ex una parte, ut Justinianus loquitur; id est quamvis appellator in judicium solus venerit, aut venerit solus victor ; ac proinde, quamvis (11) lis contestata non sit, hoc, inquam, speciale privilegium esse ejus qui appellationi præsidet, etiam ex jure vetere scribit Justinianus in *L. ult. §. illud, C. de temp. app.*

XII. Et est illud proprium hujus judicii in iis quæ judicem pronunciare oportet quod jubetur præter alia omnia pœnam pecuniariam sententia sua imponere ei qui malam litem fuerit appellatione persecutus, ne temere ac passim omnibus provocandi facultas præbeatur, *L. eos, §. ne temere, C. de app.* videtur autem postea constitutione Valentis pœna (12) definita esse ut esset quinquaginta librarum argenti. Sic enim verba sunt *L. ab exsecutione appellantes, vel ab articulo, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit: quinquaginta librarum argenti animadversione mulctandos.*

XIII. Hujus pœnæ metus facit ut permulti eum appellarint caussæ diffidentes non audeant expectare eventum judicii. Sed cupiant in tempore appellationi renunciare, quo pœnam evitent. Ideo quæritur an hoc eis facere liceat. Et puto, si usque ad libellos appellatorios tantum processerit neque induxerit appellationem hoc cuivis licere (13) impune. Quid enim aliud sibi volunt Impe-

(10) De Judice cui caussa appellationis delegata est, vid. Zoan. *Rer. Quotid. Cap.* 21.

(11) Consentit Jo. Wames. *ad Cap. per tuas*, 58. *Extr. h. t. n.* 4. Ant. Rambaud. post alios *Addit. ad Decis. Pap.* 58. et de communi testatur Franc. de Caldas *ad L.* 3. *C. de in integr. rest. in defin.* v. *per quod pristinum jus recup. n.* 42. modo in priori instantia lis contestata fuerit; tametsi hoc contentione et contradictione, distintionibus item non careat, vid. Mathesilan. *Sing.* 63. et ibi Sarayna, Bover. *Sing.* 36. *n.* 9. Myns. 1. *Obs.* 1. Gail. 1. *Obs.* 76. Vigel. *de Lit. contest. Cap.* 2. *p.* 554. Obrecht. *de Lit. contest. Cap.* 4. *num.* 36. *et seqq.* Covar. *in cap.* Raynald. 18. §. 2. *testam. n.* 1. fuse Andr. Khol. *Exercit. legali* 5. *et seq.*

(12) Olim a judicibus provocare vacuum solutumque omni pœna, ut Tac. 14. *Annal.* Postea, ne cui solutum in hoc arbitrium esset. pœnæ præstitutæ certaque pecuniæ quantitas in æde sacra sponsione facta, ni juste provocasset, deponebatur, quam vincens auferebat: vel intra diem quintum ex die acceptorum apostolorum, idonee datis fidejussoribus, cavebat appellans de eadem inferenda, si contra appellationem pronunciaretur, vid. Paul. 5. *Sent.* 35. ibique Cujac. *et* 21. *Observ.* 33. Briss. 2. *Antiq.* 18. Rævard. 5. *Var.* 10. Quæ cautionum et sponsionum ratio sublata, *L.* 6. §. *ult. C. hoc tit.* mulcta subrogata. Eamque esse mulctam quæ dicta præjudicialis *L.* 50. *L.* 65. *C. Th. h. t.* Symmach. *Lib.* 1. *Epist.* 37. vult Rævard. *d. Cap.* 10. quam tamen Cujac. *d. Cap* 33. strictius accipit de irrogata ei qui frustratorie ab interlocutione provocavit. De coercitione hac vid. et Menoch. *Arb. Cap.* 445. Dambud. *Praxi civ. Cap.* 241. P. Gregor. 8. *de App.* 5. Marant. *P.* 6. *h. t. n.* 346. docens, etsi Jure Canonico illi mulctæ 50. librarum auri non sit locus, alio tamen modo extra ordinem posse coerceri. Jure Saxonico quæ pœna vid. *Diff. jur. civ. et Sax.* 41. *p.* 1. *n.* 12. Coler. *Decis.* 131 Conf. Myns. 3. *Obs.* 56.

(13) Conf. Gail. 1. *Obs.* 137. *n.* 7. Remitt:

ratores in *L. si quis libellos, C. de app.* his verbis: *Si quis libellos appellatorios ingesserit, sciat se habere licentiam arbitrium commutandi et suos libellos recuperandi, ne justæ pœnitudinis humanitas amputetur.* Quod si eo usque progressus fuerit appellator ut appellationem induceret: vel ex superiore constitutione licet colligere non esse pœnitentiæ locum quo minus qui appellavit in pœnam injustæ appellationis incidat. Et sane in *L. eos, §. ne temere, C. de app.* cum de hac pœna imponenda cavetur, non dicitur hanc eum sustinere debere qui condemnatus sit, aut qui tantum appellaverit. Sed eum qui litem fuerit prosecutus. Plane si pendente appellatione de negocio transactum sit iner litigatores non potest hæc pœna adversus appellantem statui, cum judicium hoc modo finiatur, *L. si contra, C. de app.*

XIV. Sed etsi appellator interim decesserit, si quidem heres ejus persequatur appellationem, idem de eo quod et de appellatore statuendum est. Sin appellationi renunciat, hac pœna non tenebitur, quoniam in pœnam heres non succedit, *L. pen. D. de op. nov. nunc.* Nam quod dicitur in *L. unic. D. si pend. app. mors. interv.* heredem caussas appellationis reddere debere si adversarii intersit, non eo pertinet ut si non fecerit, plecti debeat quasi injustam litem esset prosecutus; sed ut significetur eum alioqui rei prius judicatæ stare oportere. *L. 1. C. eod. tit.*

XV. Postremo hoc plus valet in criminibus appellatio, quam primum judicium institutum; quod defuncto eo qui reus fuit criminis, crimen extinguitur, adeo ut nec de pœna pecuniaria supersit actio, *L. defuncto, D. de accus. L. 2. L. 3. C. si reus vel accus. mort. fuer.* Quod si reus condemnatus appellarit, ac deinde pendente appellatione decedat, semper quidem ejus morte crimen extinguitur. Sed si Præsidis sententia sua specialiter bona adeunt, supererit bonorum quæstio; adversus quam non aliter is qui emolumentum successionis habet obtinere potest, quam si in reddendis caussis appellationis iniquitatem sententiæ detexerit, ut expressum (14) est in *L. 3. C. si pend. ap mors. interv.* et *L. unic. vers. quamvis. D. eod. tit.*

quoque pœnam ei, qui appellavit a pœna corporali, judicatum refert A. Fab. *C. suo h. t. defin.* 44.

(14) Vid. Petr. Gregor. 6. *de App.* 16. *n.* 4. *et seqq.*

## CAP. X.

Ad Titulum, De receptis arbitriis. D. et C. Ac primum quæ sit arbitrii utilitas: tum quibus rebus contineatur vis, et auctoritas arbitrorum. Arbitria etiam compromissa dici, et cur.

*Transitio ad arbitria.* I.
*Quæ arbitrii utilitas, et quos hæc habeat conditiones.* II.
*Naturalis earum quæ de arbitrio quæri solent rerum progressio atque ordo.* III.
*Prior omnium apud litigantes quæstio. De vi et potestate arbitrii: an hæc talis ut litem dirimat.* IV.
*Arbitrium litem dirimit, si et probatum sit a jure, et illud præterea leges tueantur.* V.
*Probatur a jure arbitrium, si suis constet a natura partibus, et habeat factum arbitri legitimum: quot et quæ a natura partes.* VI.
*Partium una si desit, aut non earum aliqua ad Civile jus conformata, ad nihilum redit arbitrium. Hoc quale sit explicatur per singulas.* VII. VIII. IX. X. XI.
*In facto arbitri tria jus requirit.* 1. *Communia quædam cum judicibus ante sententiam: quæ illa sint.* XII.
*Quid in cognoscenda causa arbiter a judice distet.* XIII.
2. *Sententiam sive justam sive injustam, modo ne quid inhonestum jubeat, sive aliquid statuat præter compromissum.* XIV.
*Sententia arbitri injusta propter dolum stipulantis, quando nulla aut inutilis.* XV.
3. *In ferenda sententia circumstantias loci, personarum et temporis.* XVI.
Personarum: *nempe litigatorum præsentiam et arbitrorum, cum in plures compromissum; quid si hi vel illi non adsint.* XVII.
Temporis: *quodlibet sententiæ arbitri apportunum tempus (contrariis occurritur)* XIX.
*Nisi dies dominicus obstet, aut aliud judicium, aut privilegium aliquod; posterius utrumque quid sit.* XVIII.
*Tuentur arbitri sententiam leges, cum ei parere litigatores cogunt.* XX.
*Duplex cogendi ratio, obliqua et directa, sive conventionalis et legitima: quid sit utraque* XXI.
*Prior in facto litigatorum consistit: hæc quid valeat: olim sola obtinuit et quandiu.* XXII.
*Posterior est actio aut exceptio; utraque in id prodita a Justiniano, quando una adsit ex conditionibus ab illo præstitutis; quotuor illæ, et quæ.* XXIII.
*Quare duæ priores abrogatæ a Justinianeo Jure novissimo.* XXIV.
*Qualis superior actio et exceptio a Justiniano proditæ.* XXIV.

I. Hactenus de judiciis quæ quidem proprie ita appellantur. Quod genus est eorum judicum quorum publicum est judicandi munus, quique pro potestate ejus muneris judicium exercent. Erat alterum judicii genus de quo initio libri primi proposuimus, quod est judicum ex consensu sumptorum, id est arbitrorum, quod ex re arbitrium nominatur; item et compromissum ex eo, quod litigatores in arbitro sumendo faciunt. Compromittunt enim pœnam invicem hac conditione, si quis eorum non steterit arbitri sententiæ. Quod et ipsum genus ad sumendas lites pertinet, *L.* 1. *D. de recep.* de quo nunc dicendum videtur.

II. Ac ne quis requirat initio quid sit necesse quærere ex consensu arbitros, cum ubique magistratus parati sint, per quos liceat quod volumus, etiam ab invitis consequi; utilitas arbitrii in promptu est. Judicium namque res longa est. Persecutio in eo et defensio ut plurimum et difficilis et molesta. Judex ipse qui aditur, plerumque impeditur; nonnunquam iniquus aut infensus litigatoribus, cujus judicium subire periculosum est. Vitantur hæc incommoda si, dum erit viri boni et intelligentis minimeque suspecti copia, qui judicandi operam inter privatos non recuset, hunc litigatores sumant arbitrum ut velint quod ille sententiæ dixerit ratum esse; si modo et illud sequatur quod quærunt, ut arbitrium finiat controversiam: sed habet inquam hæc utilitas has conditiones, si sit qui non recuset sententiæ dictionem et si arbitrio finiatur controversia.

III. Quod cum ita sit, hæc sunt de arbitriis quæ quærantur: an quisquam de arbitrio delato si recuset, cogendus sit sententiam di-

cere: si cogitur, quando videatur sententiam dixisse: cum dixerit, quam vim arbitrium habeat. In quibus sunt illa quidem iis qui in arbitrio progredi velint, naturæ ordine priora: ut quis arbitrium recipiat: tum ut, arbitrio recepto, dicat sententiam; quibus demum positis, sequitur natura ut dicatur sententia valere aut non valere.

IV. Verum iis, qui integris rebus deliberent an arbitrio potius quam judici rem committant (quod omnibus qui quid aggredi volunt faciendum est) hoc primum occurrit de quo sibi constare velint, an arbitrium ejusmodi futurum sit, quod litem dirimat. Hoc enim nisi fit aut speratur fieri posse, non est cur quisquam alterius arbitrium sequi velit, ubi dubitat an quidquam proficiat. Neque vero hoc pariter in omnibus arbitriis contingit, ut litem dirimant. Ut igitur intelligant jam a principio litigatores in re quæ ex eorum electione pendet, quid in arbitrio sequi, quid fugere, et omnino quid de eo sibi promittere debeant; ne quid temere aggrediantur aut frustra, ante omnia hoc statuendum est quæ vis sit et potestas cujuscunque arbitrii: ut, hoc cognito, cum decreverint arbitrio rem subjicere, tum illa quærant deinceps, an quis cogendus sit sententiam dicere, et quando videatur dixisse.

V. Ut arbitrium litem finiat, duabus rebus continetur: si id non improbatur jure, et non improbatum si leges tneantur. In utroque horum suæ sunt cautiones. Jam primum, etsi omne arbitrium litigatorum consensu constat, nec ob aliam caussam valet quam quod volunt illi ratum esse quod arbiter statuerit: dicere autem solemus conventionibus standum esse, nec quenquam fraudari qui sciat et consentiat, *L. nemo videtur, D. de reg. jur.* tamen arbitriis, ut judiciis lex imposita est, ultra quam nullum arbitrium valeat, nec quisquam cogatur ei parere.

VI. Est autem quod animadvertatur, cum in his rebus quibus arbitrium constat, tum in facto arbitri. Constat et constituitur arbitrium natura his rebus, arbitro, litigatoribus, re de qua inter litigatores apud arbitrum agitur, et lege qua arbitrii potestas arbitro defertur.

VII. In hac constitutione hoc primum observatur, ne quid desit earum rerum quas supra sum complexus; quod stultum esset monere, si initium tantum spectaverimus. Nulli enim tam stulti futuri sunt, ut nisi contendant inter se de re aliqua, de re quæ non est arbritrum quærant; aut cum de vera lite arbitrum quæsierint, putant esse arbitrum priusquam sit arbiter constitutus qui sententiam de re controversa diceret. Sed cum erunt hæc omnia ab initio constituta, fieri potest postea ut eorum aliquid esse desinat. Quod si fit, res eo redit natura ut solvatur compromissum.

VIII. Moriatur igitur arbiter. Ita solvetur compromissum, ut quamvis unus arbiter jusserit litigatorem adesse calendis certo loco, non tamen committatur pœna adversus eum qui non adfuit, si ante calendas arbiter decesserit, *L. arbiter, Cal. 40. D. eod.* Desinit autem esse arbiter non tantum morte, sed etiam litigatorum conventione. Si proponas diem dictum esse compromisso, et compromissi diem exisse, *L. quid tamen* §. *Papinianus*, §. *si intra*, *D. eod.* sane si nominatim ita sumptus sit arbiter, ut liceret ei diem arbitrii proferre, et protulit, manebit arbiter, *d.* §. *Papinianus.* Sed hoc, inquam, in compromisso nominatim caveri oportet, alioqui et ipse frustra proferet invitis litigatoribus, *L. non distinguemus*, §. *ult.* et *L.* seq. *D. eod.* Et quamvis litigatores prolato die denuo in eum compromisetint, non efficient ut invitus cogatur esse arbiter qui jure esse desierat; nisi per eum factum sit quominus intra diem constitutum partibus suis fungeretur, *d. L. quid tamen*, §. *Papinianus.* In quam sententiam accipi oportet §. *dices*, *L. non distinguemus*, *D. eod.* Potestas diei proferendi nullam aliam dat arbitrio facultatem, quam ut diem proroget duntaxat. Quo fit ut, die arbitrii prolato, omnia integra manere oporteat quæ priore compromisso constituta fuerant, id est conditionem et minorem controversiam, de quibus compromissum factum erat, item pœnam, item et fidejussores qui dati erant: nisi placeat alios non absimiles dari, contra quam si quid ab arbitrio constitutum fuerit, pro non constituto erat, *L. Labeo*, §. *hæc autem*, §. *ult.* et *L. sequenti*, *D. eod.* Diem protulit non solum qui præsens, sed etiam qui per nuncium aut epistolam protulit, *L. diem*, *D. eod.*

IX. Similiter, et uno ex litigatoribus mortuo, solvi necesse est compromissum, si hæres defuncti in compromissum non succedat. Sic enim eveniet ut jam duo litigatores non sint, sine quibus nullum arbitrium esse diximus. Etsi quidem heredis mentio facta non sit in compromisso, placuit eum in compromisso non succedere, itaque et solvi compromissum, *L. diem* §. 1. *D. eod.* Et merito. In facto enim suo spondent litigares, cum spondet

se arbitri sententiæ staturos, et eo quidem facto quod personæ eorum cohæreat. Cur enim ita se arbitrio committunt? Quia fidunt videlicet prudentiæ et æquitati arbitri, sive quod eum norunt, sive quod eum bene erga se affectum existimant. Mutata conditione personarum, non continuo heredes idem facerent, ac propterea ejusmodi factum est, quod ad alios non transeat, *arg.* §. *sed cum factum, Inst. de stip. serv.* Quod si heredis mentio in compromisso facta fuerit, compromissum heredes tenebit propter conventionem, *d. L. diem* §. 1. Heredem intelligimus utriusque partis; si enim ab altera duntaxat parte heredis mentio comprehensa fuerit, placet compromissum solvi morte cujusvis ex litigatoribus, non secus quam si neutrius heredis persona esset comprehensa, *L. sed et* 49. §. *ult. D. eod.*

X. Eadem rei controversæ quæ arbitri, et litigatorum ratio. Sive igitur de negocio transactum sit sive ejus parte, aut acceptilatione, aut homine mortuo qui petebatur, aut quo alio modo sit liberatus; quia res sublata est de qua judicium fieri oportebat, solvetur compromissum, *L. non distinguemus.* §. *summa D. eod.* Ergo hoc primum dicebat natura, non posse constitui arbitrum sine iis rebus quatuor quas supra dixi.

XI. Illud efficit jus civile, ne semper omnes illas intervenire sit satis, quia non omnes ad constitutionem arbitrii eo jure admittuntur. Non quivis est idoneus arbiter, non inter quoslibet arbitrium consistit, non de re qualibet, nec quavis lege recte constituitur. Non omnes, ut dixi, idonei arbitri habentur. Primum quicunque officio fungi non possunt. Quo in genere sunt servi, *L. Pedius* 7. §. *ult.* et *L.* 9. *D. eod.* Item fœminæ, *L. ult. C. eod.* Item hi qui facultate judicandi destituuntur: minor annis 25. furiosus, mutus, surdus, de quibus in *L.* 3. in princ. et *L. sed si* 9. §. *sed neq. D. eod.* Minorem quidem viginti annis constat compromissarium judicem eligi non posse. Id enim diserte scriptum est in *L. cum lege, D. eod.* Sed hoc ipsum dubium fecit an major viginti annis, si minor sit annis viginti quinque, possit eligi arbiter. Verum cum ibidem scriptum sit et huic succurrendum esse si temere arbitrum receperit, puto id satis esse caussæ cur litigatores ejus sententiæ stare non cogantur; ita fieri ut, minore viginti quinque annis arbitro sumpto arbitrium non consistat: quod et scriptum est *in L.* 3. *D. eod.* Ne is quidem idoneus arbiter qui judex est ejus rei de qua arbiter sumitur, *L.* 9. §. *si quis, D. eod.* Idem nec is qui sumptus est de re sua, ob eam caussam quæ redditur in *L. pen. D. eod.* Sed etsi arbiter postea inimicus factus sit, et ob id testationibus conventus ne sententiam diceret, vetatur sententiam dicere. Sic tamen ut, si dixerit, placeat quidem ipso jure valere sententiam, verum exceptionem doli mali obstare ei qui pœnam ex sententia petat; *L. non distinguemus,* §. *cum quidam. D. eod.* His consequens est ut, si duo arbitri electi sint quorum unus non sit idoneus, dicendum sit arbitrium nullius esse momenti, quia effectum sit in hujus persona arbitrium non consistere: certum est autem alterum solum sententiam dicere non posse, ut postea dicetur. Hoc in *L.* 7. §. *ult. D. eod.* Si de litigatoribus quæritur; ut judicium, sic arbitrium cum servis non consistit, et generaliter cum iis qui judicio nec agere nec conveniri possunt, adeo ut neque ex hac caussa servus pœnam stipulando acquirat domino suo actionem, nec eodem promittente, in dominum detur eo nomine actio de peculio, *L. non distinguemus*, §. *si servis, D. eod.* Nec de omnibus rebus arbiter sumi potest: non potest de famoso delicto: non de ea re de qua publicum judicium est, veluti de adulteriis, de sicariis, de similibus: nec de liberali caussa, ingenuitate, aut libertate; quia omnes ejusmodi caussæ sunt, quæ existimentur majores quam judices habere debere, *d. L. non distinguemus,* §. *Julianus,* et seq. Habet hoc quoque arbitrium cum judicio commune, quod de iis rebus quæ post compromissum acciderunt judicare arbiter non potest, *L. de his. D. eod.* Quod ad legem quæ arbitrio dicitur attinet, jus sic habet ut recte sumatur arbiter, si ita sumatur ut sententiam dicat quam videtur. Quod si hæc lex arbitro dicta erit ut certam dicat, vel ut dicat quod Titio disceptatori placuerit, nullum est arbitrium, utpote in quo libera facultas arbitrii sententiæ non sit futura; quod est contra naturam arbitrii, *L. qualem,* 19. *L. item si,* 17. §. *inde, D. eod.*

XII. Rebus omnibus ad justum arbitrium bene constitutis, tamen multa sunt præterea in facto arbitri, quæ jus exigit. Contra quæ si fiat, non minus quam ob suprascriptas caussas arbitri sententia improbatur. Et quoniam summum ejus officium est ut sententia sua controversiis finem imponat, quod et se facturum recipit, *L. Papinianus* 7. §. *recepisse, D. eod.* ideo sunt quæ ad justam sententiam servari jubentur, quæ spectentur partim ante sententiam, partim in genere sententiæ, partim in sententiam ferendæ

circumstantiis. Et sunt illi ante sententiam communia hæc cum judicibus. Principio, quæ ad constituendam futuri judicii religionem Justinianus injungit judicibus, hæc eadem injungit arbitro ut faciat: nempe, ut ante sedem judicialem sacrosanctas scripturas depositas habeat: ut jusjurandum de calumnia et perfidia exigat a litigatoribus primum, post a patronis caussæ, quale et quomodo judices exigere jubentur, *L. rem non novam*, versic. *et generaliter*, et *§. patroni*, *C. de jud. L. 2. C. de ju. prop. cal.* In primis autem illud arbitri ante sententiam, ut causam disceptet et discutiat, id est ut agnoscat, *L. litigatores*, in pr. *L. sed si 14. L. Labeo*, *§. hæc autem*, *D. eod.* Nam quomodo controversiis finem imponet qui quid esset controversiarum non cognovit?

XIII. Sed non eandem, opinor, hic disceptationem exigimus ab arbitro quam a judice. Ab hoc plena exigitur, id est ut litigatores pro se dicentes, et ea quæ ad caussam pertinent afferentes patienter audiat, et hac gratia, tempus det quod ad ea proferenda sit satis; quæ qualia essent suo loco exposuimus. Arbitrum autem puto existimare debere quid sibi de controversia cognitum et probatum putet; et quamvis vel audientiam uni ex litigatoribus non recte denegarit vel dilationem ad res necessarias proferendas, non tamen eo minus sententiam ejus valituram. Cur putem, adducor hac ratione quod, plena cognitione ab arbitro prætermissa, nihil aliud dici potest quam arbitrum injuriam fecisse ei quem non audivit aut cui delationem denegavit, atque ita injuste judicasse. Nunc autem receptum est nihil obesse sententiæ arbitri quod injuste judicavit, cum dicatur ejus sententiæ standum esse, sive æqua sit, sive iniqua, *L. diem*, *§. stari*, *D. eod.*

XIV. In genere sententiæ, si verum est quod modo dixi, quid statuat arbiter ad vim sententiæ nihil interest. Et merito. *Sibi enim imputet*, inquit Ulpianus, *qui compromisit*, *d. §. stari*. In quo tamen duo excipiuntur: unum ne quid inhonestum jubeat, *L. quid tamen*, *§. non debent*, *D. eod.* alterum ne quid statuat, præterquam quod ei ex compromisso licet. De quo hæc Pauli verba sunt in *L. non distinguemus*, *§. de officio*, *D. eod.* *De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex compromisso sumendum. Nec enim aliud illi licebit quam quod ibi ut efficere possit, cautum est. Non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in qua re libet, sed de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est*, utputa, nihil egerit, si fingas eum vetare pœnam ex compromisso peti de qua compromissum non est, *L. quid tamen*, *§. item si arbiter*, *L. arbiter*, 42. *D. eod.* aut alium arbitrum statuere ad quem iri jubeat, vel quem jubeat sibi adjungi, *L. non distinguemus*, *§. quæsitum*, *§. item Pedius*. *§. item si jubeat*, *L. in compromissis*, *D. eod.* Idemque est, si diem compromissi proferat, de qua proferenda nihil cautum sit in compromisso, *d. L. non distinguemus*, *§. ult. L. arbiter*, 50. *D. eod.* Solutioni tamen diem arbiter statuere potest, *L. quid tamen*, *§. solutioni*, *D. eod.* puto, quia dies solutionis pars est: de solutione autem est compromissum. Cætera, ut dixi, in sententiis arbitri, quantumvis iniqua, rata sunt.

XV. Sane si stipulantis dolo et corruptela factum sit ut arbiter pro eo iniquam sententiam ferret. Si quidem in compromisso adjectum sit ne quid dolo malo in ea re fieret, pœna ipso jure non committetur, etsi adversarius sententiæ non pareat. Hoc amplius, etsi forte per errorem ei paruerit, habebit ad ea repetenda quæ solvit ex stipulatu actionem. Quod si doli clausula in compromisso adjecta non sit, valebit quidem sententia ipso jure; cæterum jure prætorio erit inutilis. Nam ei qui victus est, rebus integris, adversus pœnæ petitionem doli exceptio dabitur. Qui si per ignorantiam solverit quod jussus est, ad id repetendum habebit de dolo actionem: hæc in *L. ita*, 31. *D. eod.*

XVI. In circumstantiis sententiæ ferendæ sunt personæ quarum præsentia aut consensus in ea re desideratur Item locus et tempus ferendæ sententiæ. Quibus de rebus hoc servatur.

XVII. Primum coram litigatoribus sententiam dici oportet, aliter non valet; nisi in compromisso expressum sit ut, vel uno vel utroque absente, sententia promatur, *L. diem*, *§. si quis litigatorum*, *L. inter*, *D. eod.* Quid, ergo si unus certo loco et tempore adesse jussus non adsit? non eo magis sententia eo absente valebit, sed pœna adversus eum committetur, quia per eum factum sit quo minus arbiter sententiam diceret, *d. §. si quis litigatorum*. Sane si per eum non steterit quominus adesset, dum aut valetudine, aut Reipublicæ caussa, aut magistratu, aut alia justa caussa impeditus est, committetur quidem pœna etiam hoc casu ipso jure: sed si paratus sit in eundem compromittere, placet actionem in eum denegari, aut eum exceptione tutum fore, *L. quid tamen*, *§. si quis ex*, *D. eod.* Hinc apparet si quis ex litigatoribus jussus non sit ab arbitro ut adesset, neque adsit, nec sententiam ad-

versus eum dici posse, nec pœnam adversus eum committi per quem non stet quo minus adsit. Itaque esse ex officio arbitri, si quid proficere velit, ut prius jubeat adesse litigatores certo loco, et certo tempore. Quod dum faciet, illud tenendum erit, nihil referre utrum per nuncium adesse jubeat an per epistolam, *L. sed et* 49. §. *arbiter, D. eod.* Coram autem litigatoribus sententiam dicere, est dicere præsentibus litigatoribus: præsentibus inquam, non tantum a corpore, sed etiam ab animo et intelligendi facultate. Quæ cum non sint in furioso, infante, aut dormiente, nemo coram his, sive his præsentibus, quidquam facere aut dicere intelligitur; sed nec coram pupillo sententia videtur dicta, nisi tutor præsens fuerit, *L. diem*, §. *coram*, *L. si compromissum*, et *LL.* seqq. *D. eod. L. coram. L. apud Labeonem D. de verb. sign.* Præter litigatores, sunt et alii quibus præsentibus judicari oportet. Hi sunt arbitri, tunc cum in plures compromissum est. Finge in tres compromissum esse; si vel uno absente duo judicent, quamvis inter se consentiant, arbitrium non valebit, quia scilicet, inquam, compromissum factum est, licere vocare litigatores, si aut ejus auctoritatis sit arbiter ut eum honorem litigatores illi habere debeant, aut ipse in secessibus soleat agere, et litigatores facile et honeste eo loci venire possint.

* XVIII. Restat tempus dicendæ sententiæ, quod et ipsum non semper est idoneum. Ac quo minus aliquo tempore recte sententia dicatur, tria obstant. Interdum ipsius diei conditio, cujus generis est dies dominicus. Hoc enim die vetant constitutiones ullum judicium exerceri, etiam apud arbitros, *L. omnes, C. de fer.* Alia res quæ per id tempus tractatur, cui interim sententia arbitri præjudicium fieri non oportet. Quod contingit, cum is facit controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat, Paulus in *L. non distinguemus*, §. *si is*, D. eod. *si is*, inquit, *faciat controversiam hereditatis, qui cum defuncto compromiserat, futurum est præjudicium hereditati, si arbiter sententiam dicat. Ergo interea inhibendus est arbiter.* Sensus est: finge eum qui a defuncto decem petierat, de qua summa et cum illo compromiserat, contendere cum heredibus legitimis de hereditate, quod dicat se testamento defuncti heredem esse, aut se quoque ex parte legitimum heredem. Prius quam de ea re judicatum erit, prohibetur arbiter de summa de qua aditus est sententiam dicere. *Futurum est enim*, inquit, Paulus, *præjudicium hereditati, si sententiam dicat.* Futurum ideo, quia si arbiter pronunciet heredes qui legitimi dicuntur, pecuniam debere, tacite et illos heredes esse confirmat, dum vult eos ex persona defuncti teneri, id est jure hereditario; et hunc qui pecuniam petit, heredem esse negat, sive quod duo heredes in solidum esse non possunt, sive quod si heres esset, eatenus obligatio confusione tolleretur, *L. ut debitum, C. de act. hered. L. Stichum*, §. *aditio, D. de solutio.* Hoc autem est, ante justum judicium de hereditate, de ea præjudicium facere; porro hereditati præjudicium fieri non oportet, *L.* 5. in fin. *D. de petit. hered.* Nonnunquam privilegium temporis postea incidens litigatorem tuetur, ne per id tempus cogatur litem exercere. Ut proinde frustra, invito eo quanvis præsente, arbiter de re sententiam ferat; itaque necesse sit rem in aliud tempus differri. Tale est privilegium legatis qui Romam venerunt concessum, ne de eo quod ante legationem contraxerunt cogantur se Romæ defendere, quandiu legationis caussa ibi demorantur, *L.* 2. §. *legatis, D. de jud.* Quod et ipsum eadem ratione efficit, ne si quis ante legationem Romæ compromiserit, cogatur de eo Romæ apud arbitrum litigare, *L. non distinguemus*, §. *item si quis, D. eod.*

XIX. Si hæc impedimenta non erunt, puto arbitrum omni tempore recte sententiam dicturum: nec quidquam ad rem pertinere dicat feriatis diebus an non feriatis; dicat consentientibus litigatoribus an non consentientibus. Nam quod dicitur in *L. Pomponius*, 13. §. *arbiter, D. eod.* arbitrum his diebus non cogi sententiam dicere quibus judex non cogeretur, id est feriatis, non arguit eum per eos dies sententiam dicere non posse. Nihil enim prohibet quo minus possit, quo minus si nolit non cogatur. Sed etsi præsentes litigatores non consentiant ut hoc tempore arbiter sententiam ferat, non tamen ideo efficiet ne is officio suo quod illi semel delatum est, recte eum velit fungatur. Facere quidem possunt ne adsint tum cum arbiter adesse jussit. Ex quo etiam eveniet ut sententia, si quam arbiter ipsis absentibus dixerit,

(*) Ne credat lector hic aliquid editoris incuria prætermissum; commode visum est ea referre, quæ monet Osualdus in hunc locum. Hæc illius verba: *Hic lacuna, nec contextus integer in opere Donelli; et omissa quæ de LOCO tractanda, nec superior editio quidquam supplevit.*

**nullius sit momenti. Sed cur non valeat, caussa** in eo erit non quod non licuerit per id tempus dicere, sed quia non liceat dicere absentibus litigatoribus. Non adversatur huic sententiæ quod in *L. sed si compromissum*, 14, *D. eod.* dicitur, *si compromissum sine die confectum sit, necesse est arbitro omnimodo diem statuere partibus consentientibus, et ita demum caussam disceptare.* Observandum est enim id dici ibi non absolute, sed sub exceptione nisi malit arbiter omni tempore cogi sententiam dicere. Subjicitur enim continenter: *quod si hoc prætermissum sit, omni tempore cogendus est sententiam dicere.* Si hoc prætermissum sit, id est si non statuerit diem partibus consentientibus.

XX. His vitiis quæ supra cum in constitutione arbitrii tum in facto arbitri notavimus evitatis, efficietur quidem ea sententia quæ jure non improbetur; sed ejusmodi quæ etiam nunc sit inutilis, nisi et jus eam tueatur ita ut, si quis ex litigatoribus recuset, cogatur ei parere. Nec vero jus semper cogit id facere, nec uno modo. Quare quod adhuc reliquum est ad vim et effectum sententiæ, de cogendi ratione, et quando locum habeat videamus.

XXI. Et cogendi litigatoris duæ sunt rationes. Obliqua una quæ ex conventione litigatorum nascitur. Altera directa, quæ ipso jure constituitur sine alia conventione. Illam conventionalem, hanc legitimam possumus appellare. Conventionalis est, cum pœnam certam ultro citro promittunt litigatores, si quis arbitri sententiæ non steterit; quam recte dixi obliquam. Hujus enim non ea vis est ut quis cogatur districte stare sententiæ, sed ut cogatur metu pœnæ, sive sub conditione nisi malit pœnam pendere. Legitima est quam eandem directam appello, cum jus cogit sententiæ ipsi stare recta. Quod fit actione in eam rem arbitro data, quo mandetur sententia executioni; et exceptione data reo ad defensionem sententiæ.

XXII. Prior ratio ut parata sit litigatoribus, in facto eorum positum est; si videlicet initio compromissum interponant. Compromissum mutuam illam pœnæ stipulationem et promissionem quam modo dixi appellamus. Valet autem ea stipulatio ad duas res. Non enim tantum ad hic conducit ut quis sententia lata, cogatur ei parere; quia nisi paruerit, pœna secundum verba stipulationis committatur, sed etiam ad hoc ut cogatur arbitri sententiam pati; quia tunc committitur pœna, si per litigatorem steterit quo minus arbiter sententiam diceret, *L. diem*, §. *si quis litigatorem*, *L. si quis rem*, *D. eod. L.* 2. *C. eod.* Efficitur hoc ex sententia verborum. Promittit enim litigator pœnam sub conditione si sententiæ dicta sit, et sententiæ non paruerit. Est autem regula juris quæ efficit, si per eum cujus interest conditionem non impleri, factum sit quominus impleatur, perinde haberi quasi conditio impleta esset, *L. in jure. D. de R. J.* Ac fuit sola hæc ratio confirmandi arbitrii in usu ante tempora Justiniani. Sic enim jus erat ne ex sententia arbitri esset judicati actio; et omnino ne magis sententia arbitri haberet rei judicatæ auctoritatem, quam cujusvis alterius privati. Nam et ipse arbiter privatus est, et in ea opera quam litigantibus præbet, privato officio non publico munere fungitur. Itaque ex sententia arbitri ne appellari quidem poterat: hæc res faciebat ut subsidio pœna invicem promitteretur, ut metu pœnæ a placitis non recederetur, ut expressum est *L. 1. C. eod.*

XXIII. Primos Justinianus ex arbitri sententia actionem et exceptionem dedit; quæ illa est altera legitima et directa tuendæ sententiæ ratio quam dixi. Sed dedit non passim, verum certis conditionibus quæ et ipsæ positæ sunt in facto litigantium, ut pendeat hic quoque ex eorum facto utrum hac via utantur nec ne, non secus quam in illa superiore. Conditiones autem ex prioribus ejus constitutionibus sunt quatuor, non quas simul omnes concurrere oporteat, sed quarum unaquæque valeat ad confirmationem sententiæ; ut quam ex his litigatores elegerint, continuo parata sit actio et exceptio; nulla earum interveniente, non sit propesita non dico actio sed ne exceptio quidem ex sententia: ut cautum est nominatim ejusdem Principis constitutione in *L. pen. vers. altera, C. eod.* Una est conditio si litigatores jurejurando interposito caverint se sententiæ arbitri staturos: idque ipsum se ita cavisse literis vel privatis, id est suis vel publicis testatum fecerint aut idem fecerint apud arbitrum quod et in acta arbitrii redactum sit. Proxima superiori conditio est si vel arbiter solus juraverit se religiose et integre esse judicaturum, dum hoc fecerit litigatoribus postulantibus, et iisdem id factum esse aut literis aut apud acta arbitrii testantibus. Tertia est si, sententia dicta, sententiæ subscripserint litigatores profiteri se hanc sibi probari; sic ut nihil referat utrum his verbis usi sint an aliis, puta his: non recuso quin judicatum faciam. Postrema est si silentio litigatores sententiam confirmarint, quod illos fecisse placet, si intra decem dies quam sententia lata est una pars adversario vel judici non denunciarit sententiam non pla-

cere. De primis tribus cautum est pluribus verbis in *L. 4. C. eod.* De postrema cavetur in *L. pen. C. eod.*

XXIV. Sed quod jus de prima et secunda conditione ab illo hic constitutum erat, abrogatum est postea ejus ipsius constitutione, *Nov. 82. de judicib. §. quia vero.* Is enim animadvertit periculosum esse et lubricum concedere aliquid in hac specie jurejurando in futurum concepto, quia fieret sæpe ut litigatores iniqua sententia arbitri læsi, suo ipsorum damno permoverentur ne sententiæ parere vellent; qua ex re in certum perjurium inciderent. Eo adductus, ille generaliter ita constituit ut ad antiquum jus rediens juberet omnimodo cum pœna quantacunque arbitros eligi, sine hac vetaret imperitiam arbitri litigatoribus nocere, etiam interposito ab his jurejurando. Duæ posteriores conditiones manserunt.

XXV. Actio est in factum, vel conditio ex lege vel in rem utilis, prout facti qualitas exiget, *d. L. 4.* vers. *et in his.* Actio comparata non ad novum judicium instituendum, sed in hoc ut, ad similitudinem judicati actionis mandetur sententia executioni per eosdem magistratus per quos mandaretur, si ordinario judicio actum esset *d. L. pen.* in pr. Exceptio quæ ex arbitrio nascitur, pacti exceptio est, ibidem: cum hanc vim sententiæ arbitri esse dicimus quæ exposita est, monendi sumus eam sententiam intelligere nos, quæ prima ab arbitro dicta fuerit. Propone eum sententiam quam semel dixit mutare postea, et ab eo quem condemnarat postea vetare aliquid peti: dicimus primam sententiam, eam esse quam jus tueatur; non quod, si liceret arbitro plures sententias dicere, non esset ea servanda quæ est novissima, *arg. L. pacta novissima, C. de pact.* sed quia, si sententiam dixit quæ arbitrium finiat, id est si condemnavit aut absolvit, placeat eum sententiam mutare aut corrigere non posse, ne si erraverit quidem in sententia dicenda, idcirco quia, sententia semel dicta, arbiter esse desierit, *L. qualem, §. ult.* et *L. seq. L. quid tamen,* in pr. *D. eod.* Sane jussum ante sententiam mutare potest, *d. L. qualem, §. ult.*

## CAP. XI.

Qui arbitrium recipit, eum cogi sententiam dicere. Quis cogat: quæ ratio cogendi. Justas tamen esse caussas propter quas interdum quis non cogatur, et eæ quæ sint: tum de pœna compromissa.

*Continuatio atque ordo.* I.
*Cogitur sententiam dicere qui pœna compromissa recipit arbitrium.* II.
*Quinque ex edicti interpretatione esse caussas arbitrii recusandi.* 1. *Si futura sit inutilis arbitri sententia.* III.
*Huic affinis caussa pœnæ non compromissæ, duobus exceptis casibus ex jure Justiniani novissimo.* IV.
*Pœna compromissa, sive magna sive modica, sive pure sive in diem, aut sub conditione nihil interest.* V.
*Dummodo ea et pœna sit, et promissa, et ab utroque: tria hæc qualia sint explicatur.* VI.
*Quare in arbitrio pœnæ stipulatio exigatur; et quando non necessaria.* VII.
2. *Si arbiter non possit dicere sententiam sine incommodo valetudinis, honoris, aut rei familiaris. Obiter de singulis.* VIII.
*In caussa tamen valetudinis et similibus arbiter differre dumtaxat cogitur ex caussa; et qua.* IX.
3. *Si litigatores præbeant sese indignos quibus arbiter hanc operam præstet; et quando hi tales.* XI.
4. *Si arbiter cogatur aliter quam licet per compromissum.* XII.
5. *Si sit dies feriatus; præterquam si dies compromissi sit exitura; quid huic rei consequens.* XIII.
*Nisi tamen convenerit nominatim ut, nec si dies exitura, dicatur sententia feriato die.* XIV.

I. His de vi et auctoritate cujuscunque arbitrii initio cognitis, habebunt, quod dixi, litigatores quid in instituendo arbitrio sequantur aut fugiant. Secundum quæ, si is erit rerum status ut non inutiliter res ejus quem sibi proposuerint arbitrio subjici posse videatur, idque ita facere statuant: deinceps opportune de cogendo arbitro quærent: si forte ita erunt comparati ut hunc omnino sibi arbitrum expetant, eoque recusantem arbitrari cogendum putent. De quo, ut erant propositum, nunc dicam.

II. Et de eo cogendo qui arbitrium non receperit, nihil jure cautum est. Unde intelligitur neminem cogi id recipere: semel autem arbitrio recepto, edicto expressum est eum cogi dicere sententiam, qui pœna compromissa receperit, *L.* 3. §. 1. *D. eod.* Recepisse arbitrium eum definiunt, qui judicis partes recepit, finemque sua sententia controversiis impositurum pollicetur, *L. Pomponius*, §. *recepisse*, *D. eod.* Qui cogeret Romæ, fuit Prætor, *d. L.* 3. §. 1. et *ult.* Ejusque exemplo in aliis locis is coget magistratus, qui juri dicendo præest, cui mulctæ dicendæ jus erit. Cogendi enim ratio est, ut mulctam indicat ei qui sententiam dicere recusabit, *L. non distinguemus*, §. *si arbiter*, *D. eod.* Quis arbitrium receperit, ut cogi possit nihil interest. Omnes cogi possunt a Prætore, dum ne sit par aut superior magistratus, *L.* 3. in fin. *L.* 4. 5. 6. 7. *D. eod.* Sed cogit Prætor caussa cognita, id est sub conditione nisi caussa sit cur arbiter cogi non debeat; de quo magistratus cognoscet.

III. Est quidem hæc solum conditio ad cogendum edicto expressa, si quis pœna compromissa arbitrium receperit, ut ex verbis edicti una hæc sit detrectandi arbitrii caussa quod quis receperit, si litigatores pœna non compromissa ad arbitrum ierint. Sed edictum ita acceptum est, quasi omnino prætor pollicitus esset se eum, qui arbitrium recepit, sententiam dicere coacturum caussa cognita: ut quæcunque esse videretur justa caussa, quæ arbitrum excusaret, hic sententiam dicere non cogeretur, *L. licet*, *D. eod.* Sunt autem justæ caussæ ad recusationem sententiæ dicendæ genere quinque. Una est, si dicatur inutile esse arbitrium, ac sententiam, quæcunque dicetur, nullius fore momenti. Quid enim interest litigatorum sententiam dici quæ inutilis futura sit, aut quid necesse inanem operam sumi? Sive igitur is arbitrium receperit, qui arbitri officio fungi non potest, sive is sit reus eum quo agi non potest; sive de re de qua agitur, arbitrium non consistat; sive lex arbitrio dicta sit, quam non oportet; quibus

de caussis arbitrium improbari diximus. Tot sunt caussæ propter quas recte recuset arbiter sententiam dicere. Dixi supra de his caussis ordine. Consulantur ii loci quos citavi, de singulis ( nihil enim necesse est hæc eadem inculcare ) tot locis scriptum reperiemus his de caussis arbitrum sententiam dicere non cogi.

IV. Ad hoc genus caussæ referri debet, quod non cogitur quisquam ex verbis edicti sententiam dicere, si arbitrium receperit pœna non compromissa. Hoc enim cum fiebat, olim impune arbitri sententiæ non parebatur, ut supra dixi. Itaque cum hodie, ex constitutionibus Justiniani, duo sint casus quibus jam ab initio certum sit et sine compromisso sententiam, quæ quandoque dicta erit, valituram: non est dubitandum quin iisdem casibus cogendus sit arbiter, quanvis sine compromisso arbitrium receperit, *arg. in L. quod dictum, D. de pact.* Quod si nulla earum conditionum interveniet, quas Justiniani constitutiones exprimunt, manebit jus antiquum, ut non aliter cogendus sit quisquam, quam si arbitrum receperit pœna invicem promissa.

V. Pœna compromissa cogetur, si nihil aliud impediat; nec intererit certa summa promissa sit an incerta, puta quanti ea res est, *L. non autem D. eod.* Ne illud quidem, quanta sit pœna, major ne an minor quam sit res de qua agitur, *L. non distinguemus, D. eod.* Solum enim hoc spectatur ne sit inutilis arbitri sententia. Sed nec illud refert pure promissa sit pœna an in diem. Nam sub conditione si promittatur, periculum est ne deficiat conditio; in quem casum recte dicetur pœna non esse promissa, *L. litigatores, §. ult.* et *L. seq. D. eod.*

VI. Interim et pœnam esse oportet, et promissam esse, et invicem promissam. Pœna est quicquid promittitur, si quis arbitri sententiæ non steterit, sive ea pecunia numerata sit sive aliud, *L. litigatores, §. 1. D. eod.* Promissam sic accipiemus, quæ utiliter promissa est. Itaque si mulier alieno nomine promittat, non est pœna promissa propter intercessionem, *L. non distinguemus §. si mulier, D. eod.* Utque ab initio promissam esse oportet, sic hoc exigimus ut duret promissio, sitque res in ea caussa, ut pœna inde perpetuo possit exigi. Proinde, si pœna promissa accepto lata sit, non debet cogi arbiter sententiam dicere, *L. Pomponius, D. eod.* Inde dictum, pœna semel commissa, solvi compromissum; scilicet quia amplius pœna committi non possit, id est quia efficiatur promissio inutilis, *L. non distinguemus, §. 1. L. si duo, §. ult. D. eod.* Finge arbitrium in diversas caussas sumptum esse, pœnam in omnes semel promissam, ni stetur arbitri sententiæ. De una caussa dictam esse sententiam ab arbitro; eum porro qui damnatus erat, sententiæ non paruisse. Pœna in solidum adversus hunc committetur. Hanc commissam placet amplius committi non posse. Quæ res facit ut, quasi nec promissa sit, solvatur compromissum. Idem dicendum est, si desinat pœna ideo exigi posse, quia promissor desinat esse solvendo, ut quia bonis suis cesserit, *L. item si unus. D. eod.*

VII. Quod juris est, pœna ab utroque non promissa aut ita promissa ut exigi non possit, idem est si ab altero promissa sit duntaxat non ab utroque, ita ut vere dicatur compromissum, *L. litigatores. §. 1. L. Pomponius, §. 1. D. eod.* Quippe hoc agitur, ne frustra sententiam dicat arbiter. Nunc autem fieri potest ut sententiam dicat adversus eum qui pœnam non promisit. Quod si fit, sententia erit inutilis. Idcirco nec tunc cogitur arbiter sententiam dicere, cum vel uni postea pœna accepto lata est, *d. L. Pomponius*, vel unus bonis suis cessit, *d. L. item si unus.* Cum Paulo sic recte concludemus summam rei esse, *ut Prætor se non interponat, sive initio nullum sit compromissum, sive sit, sed pendeat an ex eo pœna exigi possit; sive postea deficiat pœna, soluto compromisso*, L. non distinguemus, §. *summa, D. eod.*

VIII. Animadvertendum tamen cur promissio seu stipulatio in pœna exigatur. Nempe eo exigitur ut promissa pœna debeatur, quæ alioqui pacto deberi non potest, *L. juris gentium, §. sed cum nulla, §. quinim. D. eod.* Finge pactum ad exactionem pœnæ de qua convenit sufficere, ut interdum sufficit, nihil exigimus amplius. Utputa, res quas litigatores invicem dari velint si non steterit arbitri sententiæ, apud arbitrum depositæ sint eo pacto ut ei daret, qui vicisset; pro pleno compromisso id habebitur, et cogetur arbiter sententiam dicere, *L. litigatores. §. 1. D. eod.* scilicet quia in hac specie id pactum sit ex quo jure civili nascatur actio, cum ambo ita deposuerint rem apud arbitrum, ut illic paciscenti redderet, *d. L. juris. D. de pact. L. legem, C. eod.* Finge, ad pœnam acquirendam, non exactione sed retentione tantum litigatori opus esse. Tantundem dicemus ex edicti sententia: id tum evenit, cum ambo litigatores debitores invicem fuerunt, ut pacti sunt ne petat quod sibi debetur qui sententiæ arbitri non paruit, *d. L. litigatores, §. interdum, D. eod.*

IX. Secunda caussa est ad excusationem arbitri, si dicatur uperam præbere non posse sine aliquo incommodo suo periculove, vel valetudinis, vel famæ et honoris, vel rei familiaris, et incommodum post arbitrium receptum inciderit. Æquum est enim sic eum cogi sententiam dicere, quia se dicturum receperit, ne tamen ei officium suum, quod litigatorum non sui commodi caussa susceperit, sit damnosum, *L. sed si quis, D. quemad. test. ap. L. si servus*, *§. quod vero, D. de fur.* Prohibet valetudo, si aut arbiter postea in morbum incidat, aut ætas ingravescat. Proinde horum utrumque arbitro judicandi munus remittit, *L. licet, eod.* Famæ et honoris periculum adit arbiter si exortis postea inimicitiis capitalibus inter eum et litigatores, nihilominus judicet. Ut enim judicet quam rectissime, non tamen effugiet quin contra existimetur fecisse, victus odio, aut animi aliqua perturbatione. Hæc caussa est cur, si inimicitiæ capitales inter eum et litigatores aut alterum ex litigatoribus intercesserint, placeat eum sententiam dicere non cogendum, *d. L. licet.* Quanquam cur hic arbiter non cogatur, potest non inepte et hæc ratio reddi, quod litigatores, inimicitiis susceptis, indignos se præstent quibus is quem pro inimico habent et quem offendunt, operam præbent. Lædit et tunc officium atque existimationem arbiter, cum magistratus ei aut munus aliquod publicum obtigit, si dum operam privatis præbet, curam Reip. omittere cogatur. Ideo his incidentibus, placeat eum esse excusatum ne sententiam dicat, *d. L. licet*, in fin. *L. non distinguemus*, *§. Sacerdotio*, *D. eod.* Agitur periculum rei familiaris, si qua occupatio urgens incidat, si judicium publicum privatumve, si necessaria profectio; quibus rebus vacare arbiter non possit, si cogatur de re cognoscere et judicare. Quamobrem de his de caussis sententiam dicere non cogitur, *d. L. licet*, in fin. et *L.* seq.

X. In caussa tamen valetudinis et similibus (similes intelligere debemus occupationes et eas incommoditates quæ temporales sint; non perpetuæ) placet arbitrum ex caussa differre cogendum. Caussa erit, si aut dies compromisso non erit adjectus; aut adjectus sit brevior ita, ut eo finito, satis sit futurum spacii ad rem disceptandam et sententiam dicendam; aut dies quidem exiturus sit, sed ex conventione liceat arbitro diem proferre. Hæc sententia *L. aut si qua, D. eod.*

XI. Tertia excusationis caussa est, si se indignos præbuerint litigatores quibus arbiter operam hanc navaret. Quod faciunt aut eum infamando, aut auctoritatem et judicium ejus spernendo, dum ad judicem aut alium arbitrum iverunt, *L. sed si.* 9. in fin. et *LL.* 2. seqq. *d. L. licet, D. eod.* Adjicit tamen Ulpianus ex sententia Juliani in *d. L.* 9. *si arbitrum infamarint litigatores, non omnimodo Prætorem debere eum excusare, sed caussa cognita.* Quod sic interpretandum puto, si videlicet litigatores sordes aut turpitudinem arbitri quam detexerint, non probent; aut ipse arbiter falsum esse probet quod illi dixerint. Illud notandum, nihil interesse utrum ambo litigatores rem de qua compromissum erat, in judicium deducant, an unus tantum id faciat, ne arbiter cogatur sententiam dicere, quamvis pœna adversus eum qui id fecit committatur, *L. si quis rem, D. eod.* Quod et uno arbitrum infamante admittendum puto.

XII. Quarta caussa est, si secus cogatur arbiter, quam licet per compromissum. Id evenit, cum sint tres arbitri aut plures sumpti, et Prætor unum cogit, non cæteros. Sic enim sumpti sunt ut simul sententiam dicerent. Ita fit ut nemo unus cogendus sit sententiam dicere, sed aut omnes aut nullus. Nisi tamen in plures compromissum sit ea conditione, ut quam quilibet vel unus sententiam dixisset, ei staretur, *L. item si unus*, *§. item si plures*, *L. non distinguemus*, *§. cum in plures, D. eod.*

XIII. Postremo affert excusationem arbitri diei quo cogitur conditio, si sit feriatus dies. De quo ita scriptum est in *L. Pomponius*, in fin. D. eod. *Arbiter his diebus non cogitur sententiam dicere, quibus judex non cogeretur* (id est feriatis), *nisi dies compromissi exitura sit nec proferri possit. Proinde, si forte urgeatur a Prætore ad sententiam, æquissimum erit, si juret sibi de caussa non liquere, spacium ei ad pronunciandum dari:* hinc intelligitur, si dies compromissi exitura sit nisi feriatis diebus arbiter sententiam dicat, etiam his diebus illum cogi posse. Cui consequens est ut, si per eos dies coactus sententiam dixerit, pœna ex compromisso utiliter peti possit.

XIV. Si tamen lex dicta sit compromisso nominatim ne die feriata diceretur, facit conventio ut nec tum cogi possit arbiter per eos dies, cum dies exitura videbitur: præterea ut si sententiam dixerit, quamvis cogente Prætore, tamen si petatur pœna, exceptio locum habeat. Hæc sententia *L. si feriatis, D. eod.*

## CAP. XII.

Quando sententia ab arbitro dicta videatur.

*Dicere sententiam idem esse, ac ita de re controversa pronunciare quod videtur.* I. *Ut controversiæ finis imponatur* II. *Et quidem toti.* III. *Singulæ definitionis partes explicatæ.* I. II. III.

I. Sequitur, si sententiam dicere volet arbiter, ut quæratur quando videatur dixisse; ne aut ante tempus agamus, si forte dicta non sit; aut si dicta sit, adhuc cogamus arbitrum aliam sententiam dicere, quasi prius non dixerit. Et dicere sententiam est de re controversa pronunciare quod videtur, ita ut ea pronunciatione finis toti controversiæ imponatur. *L. qualem.* in princ. §. 1. *L. non distinguemus*, §. *item Pedius, D. eod.* Est pronunciare de re controversa; ex quo intelligitur eum qui de alia pronunciat, non solum in ea nihil nocere, sed etiam ei relinqui adhuc ut de controversia pronunciet, *d. L. non distinguemus*, §. *quæsitum*, et seq. Est pronunciare quod videtur, ut sciamus dictam esse sententiam, si arbiter quod videbatur dixit, quamvis prætor præscriberet ei aliud quod pronunciaret, *d. L. qualem.*

II. Finem controversiæ ea pronunciatione imponi oportet; quod quia non facit non tantum is qui pronunciat de alia re, sed etiam qui eadem de re incertam sententiam dicit, consequens est non modo inutiliter incertam sententiam dici, ita ut sententia nec prosit nec noceat; sed etiam ita, ut nec dicta videatur, eoque arbiter adhuc cogi possit sententiam dicere, *L. quid tamen*, §. *Pomponius, D. eod.*

III. Et quod dixi, finem toti controversiæ imponi debere, hanc sententiam habet ut, si de una controversia arbiter sumptus sit, aut de pluribus quidem sed inter se conjunctis et communibus; is autem de parte tantum sententiam dicat, perinde habeatur quasi in totum non dixerit, ut sit adhuc a Prætore cogendus. Idemque est, etsi de pluribus controversiis quamvis inter se separatis compromissum sit; si modo ita sit compromissum, ut arbiter de omnibus simul sententiam diceret. Alioqui enim plura compromissa sunt, et licet separatim sententiam dicere de singulis, *d. L. qualem*, §. 1. *d. L. quid tamen*, in princ. *L. Labeo, D. eod.*

## CAP. XIII.

De executione rei ab arbitrio judicatæ; et præcipue circa pœnæ persecutionem, quis videatur contra sententiam fecisse.

*Continuatio. Pro executione sententiæ ab arbitro dictæ quæ remedia competant, et cui, et adversus quem.* I. et seqq. *Pœnæ persecutio soli adversario competit adversus eum qui fecisse dicatur adversus sententiam.* II. *Quis taliter fecisse dicatur, pluribus propositis quæstionibus ordinata et apta ad singulas responsione definitur.* III.

I. Dicta sententia, nihil superest, nisi ut quæ de vi sententiæ dicta sunt, nunc denique ad rem conferantur: nempe ut reus qui sententia arbitri dare, facere jussus est, aut actor qui vetitus est quid petere, sententiæ (quæ quidem rite lata sit) pareat, sive æqua sit sive iniqua. Ni paret, tum uti adversarius pro quo sententia dicta est, illis remediis utatur quæ ad executionem sententiæ prodita esse diximus: id est aut actione in factum, rei in quam reus condemnatus est persequendæ caussa; aut exceptione adversus actorem constituta, qui contra sententiam petat; aut pœnæ quæ promissa est si contra sententiam fieret, persecutione. Sed est in usu istarum rerum quod etiamnum dubitetur: de quibus postulat hæc executio ut breviter dicatur, quando videlicet his remediis locus sit, quibus competant, et adversus quos. Et quod ad actionem in factum itemque exceptionem attinet, minus dubitatur has ex sententia arbitri inter eos locum habere inter quos actum est; actionem quidem petitori dari adversus eum unde petebatur, qui dare aut facere jussus est, et dari statim, nisi dies solutioni dictus sit (nam hunc adjici posse et expectandum esse supra diximus); exceptionem autem competere

reo adversus actorem qui contra sententiam arbitri petat.

II. De pœnæ persecutione in hoc quidem ambigitur, cum nascatur ipsa ex compromisso et non sit compromissum nisi inter litigatores, hanc quoque similiter uni tantum ex litigatoribus adversus alterum competere; non ita ut vel petitori soli detur vel soli reo; sed ut pariter utrique proposita sit adversus alterum, quia ambo pœnam invicem stipulati sint: non tamen competere ipsam simul utrique, nec statim; sed inesse in eo hanc conditionem, si quis ex litigatoribus adversus sententiam arbitri fecisse dicatur: ut proinde et tunc detur, et detur adversus hunc ipsum soli ejus adversario.

III. Solum hoc præcipue dubitationem habet, quis videatur fecisse adversus arbitri sententiam, non solum ut pœna committatur, sed ita committatur, ut commissa ab invito exigi possit. Et absoluto reo, hæ sunt dubitationis causæ adversus actorem. Interdum arbiter nihil nominatim peti vetat, sed ita pronunciat, videri Titium nihil debere Sejo. Videturne ergo Sejus petere contra sententiam, qui verbia sententiæ non est vetitus petere? Interdum vetat arbiter quidquam peti, idque generaliter; sed tum cum aut de omnibus controversiis quæ inter actorem et reum intercedebant, compromissum factum non est, aut cum non est actum de quibusdam speciebus. Ex quo dubitatur num et hæ contineantur sententia, quæ verbis sententiæ continentur. Nonnunquam complectitur ille certum quod peti vetet; sed quoniam vetat actorem petere et vetat a reo, ideo hæc quæruntur: Quid si non petat ipse actor, sed alius reus ejusdem pecuniæ creditæ? Quid si petat ispe, sed petat ab alio a quo peti non minus ipsius rei intersit? Reo condemnato, hoc quidem constat facere eum adversus sententiam, si quod jussus est dare, interpellatus non det. Sed hoc quæritur: An, hoc facto, sic pœna adversus eum committatur ut, si paratus sit dare postea, evitet pœnam quasi jam contra sententiam non faciat: et breviter de his hæc sunt probata ordine.

IV. Cum arbiter ita pronunciavit, videri sibi nihil Titium debere Sejo, satis vi ipsa vetuit Sejum petere, cum peti non possit quod non debeatur. Itaque si quid petiisset, videtur contra sententiam fecisse, *L. quid tamen. §. si arbiter, D. eod.*

V. Etsi plenum compromissum factum sit inter litigatores, id est de rebus controversiisque omnibus; etsi arbiter ita pronunciarit ut vetaret a reo quidquam peti, si tamen de certis tantum rebus actum sit; tamen ad eas tantum res sententia pertinet: De cæteris autem caussis supersunt actiones, *d. L. quid tamen, §. plenum, L. de rebus, D. eod.*

VI. Actor, absoluto reo, non tantum adversus sententiam facit si petat ipse, sed etiam si petat alter reus eredendi socius, *L. si duo, D. eod.* Quod ita accipiendum puto, si is reus eredendi qui egerat et vetitus erat petere, factum correi probat, aut ad eum societatis jure aliquid pervenerit de eo quod exactum est. Non enim potest dici non stare sententiæ, qui id agat ut sententiæ pareatur, *L. Celsus,* in fin. *D. eod.* Multo magis id facit adversus sententiam, si petat ipse quanvis ab alio, dum petat ab eo a quo petendo, id ipsum aliqua via à reo auferat, ut si petat a rei fideiussore qui condemnatus regressum habiturus est ad debitorem, *L. adversus, D. eod.* ut si petat ab alio reo debendi socio; quia necesse sit, quod unus ex sociis per caussam societatis solverit, bujus partem alteri socio perire, *d. L. si duo.*

VII. Quod ad reum attinet, placet interesse utrum is simpliciter jussus sit dare, an intra certum tempus, puta intra calendas proximas. Si simpliciter, tamen necesse quoddam modicum tempus; quod ubi præterierit, pœna statim peti possit. Sic enim scribit Ulpianus in *d. L. quid tamen, §. ult.* Modicum tempus non male accipiemus quod sit tale, intra quod domo pecunia promi possit. Nec enim debitor cum sacco venire debet, *L. quod dicimus, D. de solut.* Nisi malumus modicum tempus decem dies interpretari; quod est melius ex *L. promissor, §. 1. D. de const. pec.* Pœnam post id tempus committi quidem, sed ita ut, si reus ante judicium acceptum dederit quod jussus erat, pœna ex stipulatu peti non possit, si quidem nihil interfuerit actoris tunc solvi, *d. L. quid tamen,* in fin. et *L. seq.* Quod si arbiter intra certum diem dari jusserit, et datum non sit; licet postea offeratur, attamen semel commissam pœnam non evanescere, quoniam semper verum sit intra diem constitutum datum non esse. Hoc in *L. Celsus,* Sane si creditor valetudine impeditus sit quo minus intra eum diem acciperet aut alia quavis caussa, pœna committetur. Sed si ille postea paratus sit accipere, reus non impune dare recusabit, *d. L. Celsus, §. 1.*

## CAP. XIV.

### Ad L. 1. D. de recep. Qui ar. rec. ut sent. dic.

*Differentiæ plures arbitriorum ab judiciis indicantur.* I.
*Hi notantur qui arbitria per omnia quasi similia esse judiciis opinantur.* II.
*Interpretatio* L. compromissum 1. D. de recep. et qui arbitr. recep. III.

I. Ex his quæ de arbitriis disseruimus, intelligi potest, etsi compromissum sive arbitrium judicium est multis in rebus cum judiciis conveniens, plura tamen esse in quibus ab illis discrepet; sive constitutionem arbitrii spectemus, sive sententiam, sive circumstantias sententiæ dicendæ, sive vim et auctoritatem. Nam, ut ex multis pauca summatim colligam, de rebus omnibus recte agitur, non item de omnibus arbitrium consistit. Uno ex litigatoribus mortuo, nihilominus judicium perseverat, at isto modo solvitur compromissum. Arbiter, si ita sumatur ut certam sententiam dicat, (1) nullum arbitrium est, et simpliciter sumptus non cogitur aliud pronunciare quam quod videtur; in judicio, si convenerit inter litigatores quid pronuncietur, oportet judicem hujusmodi sententiam proferre, *L. si convenerit, D. de re jud.* In genere sententiæ, qualemcunque sententiam arbiter dixerit, ei standum est, sive æqua sit sive iniqua; (2) nec enim potest ab ea appel-

(1) *Supra Cap.* 10. *n.* 11. *in fin.* vid. et *not. Lib.* 7. *Cap.* 3. *N.* 4. Unde Scala *Lib.* 4. *de Cons. sap. C.* 28. clausula ea: ni arbiter sententiam ferat juxta hujus vel illius prudentis consilium, vitiari compromissum jure communi inspecto censet, sive stricte intelligatur sive de boni viri arbitrio, nisi aliud consuetudo loci ferat receptumve sit.

(2) Quod et Chartaginensis Synodi *Cap.* 99. *et Cap.* 123. definitum esse, naturæque arbitrii ac veræ rationi convenire scribit Cujac. *Consul.* 12. *et* 9. *Obs.* 23. Et ratio hujus rei redditur in *L.* 27. §. 2. *h. t.* quia sibi imputet qui compromisit. Judicio contendenti non est quod ita imputetur, cum id subire si reus, eo confugere si actor, suo excidere nolens necesse habuit. Incivile autem est quem arbitrum probaveris, ejus arbitriom improbare; cumque sponte delectos judices faciant partes, quorum sententiæ initio stare non cogebantur, æquum est boni consulere quæ deciserint. Et ita juste decemviros cavisse docet Ant. Massa Gales. *de Judic. bon. fid. n.* 15. Sicuti in simili, quæ contra jusjurandum necessarium proficiunt nova instrumenta; non item contra voluntarium, ut supra suo loco. Dices a judice ex consensu litigantium accepta, tamen appellari *L.* 23. *de appell.* Resp. sed ibi consentire omnino in aliquem, quicunque sit, oportuit reum (ac qoidem qui in decuriis esset selectorum, vid. *not. supra Lib.* 17. *Cap.* 24. *N.* 22.) qui alias, quantumvis detrectans cognitionem judicis, si non hujus, ast alterius passurus; et quod rem præcipue expedit, ibi consensum est ut in judicem, nempe ut ex jure et legibus juxta fidem actorum judicii pronunciaret. Jure igitur de ejus sententia provocatio, sive in jure sive in facto iniquitatem fovere dicatur. Arbiter vero et ex vi vocis ut Fest. *Lib.* 1. est qui totius rei arbitrium et facultatem habet, nec ullis adstricta vinculis ejus religio, ut Seneca 2. *de Benefic.* 7. ac sententiam suam, non prout lex et justitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia impulit, regere potest. Præterea ad munus arbitri, plerumque utriusque partis amici eliguntur quorum interventu spes est fore ut dissentientibus conveniat, Lang. 5. *Sem.* 4. *p.* 233. *et seqq.* ubi a Cic. *pro Cecinna et alibi* domestici disceptatoris et amici nomine arbitros innui ostendit, et Pollet. 3. *Histor. fori* 12. Neque ab hac Jurisconsulti ratione discrepans ea quam Imperator reddit in *L.* 1. *C. h. t.* quia nec judicati actio ex sententia ejus præstari potest, et ob hoc invicem pœna promittitur etc. Vulgo ita accipiunt: Appellationis via ea ut effectum sententiæ, qui est actio vel exceptio judicati, extinguat, Hic non nascitur ex arbitrio. Ergo, Quam collectionem reprobat Coras. *in L. societatem* 76. vers. *arbitrorum pro soc. n.* 9. sic accipiens, quod nullus juris effectus inde nascatur, cum aliæ sententiæ a quibus appellatio, si non est judicati, ut quæ jure nulla, alium tamen juris effectum producant, cum qui dicit sententiam, auctoritate publica exsequi possit. Verum non video qui ista executio sententiæ invalidæ, quæ meri adeoque illiciti facti est, juris effectus dici mereatur. Quin itaque in eo peccari puto, quod quæ conjunctim sibi probe constant, sensu composito divelluntur, cum Imperator non ex eo solo inferat *quod judicati actio non sit*, sed juncta ea ratione quæ potior est, *quod pœna invicem promittatur etc.* Atque hoc vult Imperator quod frustranea sit hic appellatio, cum nec ad pœnam evitandam prosit, quia conditio stipulationis ni sententiæ pareatur ita maxime committitur, cum certum sit non parere qui quantum in se est irritare nititur, nec ad vim judicati sistendam,

lari. *L.* 4. *C. de recept. arbitr.* In sententia judicis contra; quæ si nominatim contra leges lata est, nullius est momenti; si tantum contra jus litigatoris, tamen ab ea potest appellari. Sententia judicis, uno ex litigatoribus absente, dum legitimis edictis evocato, lata valet; arbitri sententia, nisi utroque præsente dicta, est inutilis. Si tres judices diversas sententias dixerint, obtinet ea quæ est favorabilior; si tres arbitri idem fecerint, nulla valet. A judice sententia dici non potest nisi in loco publico ad jus dicendum destinato; arbiter quovis loco potest dicere de quo actum sit inter litigatores. Judex diebus feriatis frustra sententiam dicit invitis litigatoribus; arbiter contra. Sententia judicis a qua provocatum non sit, valet ipsa per se; quam ad rem actio judicati comparata est et rei judicatæ exceptio. Sententia arbitri non aliter quam ope compromissi, nisi ea fecerint litigatores de quibus cavent constitutiones Justiniani. A sententia judicis appellari potest; ab arbitri sententia nullo modo. Judicandi munus quia publicum est, nemo detrectare potest; arbitrium (3) nemo recipere cogitur. Sunt quædam caussæ propter quas quis excusatur ne sententiam dicat, quanvis arbitrium receperit, et eæ complures; quæ non item judicem excusant quominus judicet.

II. Quæ cum ita sint, apparet errare eos qui quod in *L.* 1. *D. eod.* dicitur, *compromissum ad similitudinem judiciorum redigi*, sic interpretantur quasi per omnia sint hæc inter se similia; itaque statuunt, quidquid

quippe cum eam arbitri sententia non habeat, nec pœna illata, amplius quidquam parti victæ verendum sit. Nunquid igitur casibus iis quibus vis fere judicati arbitrio tributa est, ut *supr. C.* 10. *n.* 23. *et seq.* et provocatio inde erit? Id haud equidem consequens, cum utique in defectum virium judicati principalis decisionis ratio non consistat, et quæ vera ac genuina est utique persistat. Scitum insuper ne quidem cessante una ratione e pluribus, dispositionem deficere, nec mutationem juris, nisi expressim facta sit, intelligi. Plane ab arbitris statutariis, ut vocant, seu ad quos ex statuti præscripto cognati eunt, ut *N. seq.* appellationem vulgo concedunt, Sich. *ad L.* 1. *C. de Reb. credit. n.* 4. Mynsing. 4 *Obs.* 68. Sicuti et jure appellatio ab arbitris aliis qui dicuntur, non ex compromisso sumpti sed a prætore constituti, non ut de negocio principali, ut judices dati, cognoscant; sed ut si quid privatæ contentionis in cursu litis aut præparatoriis judicii discutiendum, id expediant veluti an fidejussores idonei, *L.* 9. *et seq. Qui sat. cog.* an caussæ recusationis judicis justæ *L. ult. C. de judic.* Quas LL. ita cum *d. L.* 1. conciliant Vaud. 1. *Q.* 14. Pac. 1. *Q.* 69. A. Fab. *ad d. L.* 9. Confer Cujac. 9. *Obs.* 23. Gail. 1. *Obs.* 33 *n.* 18. Athenis arbitrorum ex compromisso, quos καθ' ἐπιτροπὴν διαιτητὰς nuncupabant, sententiam appellatione ad Areopagitas vel Thesmothetas suspendi potuisse, scribit Joach. Steph. *Lib.* 2. *de Jurisdict. Cap.* 9. *n.* 50. *et seqq.* interposito tamen juramento non fraudatæ veritatis, sed iniquitatis corrigendæ gratia hoc remedium implorari. Apud nos ab arbitris appellari, Cujac. *Consult.* 12. ut tamen pœna in compromissum deducta committatur, sive confirmetur, deinde sive infirmetur arbitri sententia. Quo de et Bernard. Autum. *not. ad Langl.* 5. *Sem.* 4. (qui judicatum testatur eandem pœnam deberi, etsi postea ab appellatione recessum sit.) Petr. Greg. 2. *de Appell.* 12. *n.* 18. Maynard. *Lib.* 2. *Decis.* 65. *et seq.* De appellatione ab arbitro an et quatenus et quando permissa vel recepta plura pete ex Myns. *d. Obs.* 68. Wurmser. *T.* 24. *Obs.* 6. P. Greg. *d. C.* 12. Maranta. *P.* 6. *Tit. de Appell. n.* 261. *et seqq.* Covar. 2. *Var. Resol.* 12. Paurmeist. 1. *de Jurisdict. ult. n.* 26. Maynard. *d. Dec.* 65. *et seq.* Meichsner. *Lib.* 1. *Decis. Cam. n.* 3. 4. 5. *et n.* 24. Atque hæc Capiti huic ultimo subnotavi, aut verius festinus effudi, ne extremæ pagellæ vacuæ essent, cum in universa hac materia plura suppetierint, quæ omittere oportuit ob caussas in præloquio paucis expositas.

(3) Etsi peccari contra charitatem velit qui hoc deneget Munnoz. *de Ratiocin.* 8. *n.* 7. Sicuti nec jus commune litigantes compromittere in arbitrium compellit, uti judicium in invitum exercetur *L.* 27. §. 2. *hoc tit.* vid. Wurmser. *Tit.* 3. *Obs.* 1. Scaccia 2. *de Judic.* 2. *Q.* 1. qui excipiunt, nisi lis intricata sit, quæ a judice expediri nequeat, aut metus majoris incommodi. Confer Langlæ. 5. *Semestr.* 4. Plane statuta pluribus locis Italiæ cum primis vigere legimus, quibus lites certarum personarum, puta parentum liberorumque invicem, et qui arctiori alio cognationis aut necessitudinis vinculo connexi, arbitris committi jubentur. Quæ ratione niti rataque merito esse adstruunt de iisdem fusius tractantes Horat. Carpan. *Statut. Mediol. Cap.* 115. *Vol.* 1. *n.* 1. 2. 3. *etc.* Scaccia *d. Cap.* 2. *Q.* 2. *n.* 27. *et seqq.* et *Q.* 4. *ac seq. et passim.* Sunt et aliæ differentiæ. Nam nec cavetur judicio sisti apud arbitrum ut in judicio; neque qui compromisso victus, de evictione actionem habet. *L.* 56. §. 1. *de evict. etc.* Infamis arbiter esse potest, *L.* 7. *pr. h. tit.* qui a judicatione arcetur, quia arbitrium non est munus civile, sed contractus privatus; et sibi imputent qui talem elegerint, Freher 2. *de Infam.* 28. *n.* 12. Noctu an arbiter sententiam vel laudum, ut vocant, ferre possit, vid. Polyd. Ripa *de Nocturno tempore Cap.* 135. *et seq.* Hering. de *Fidejuss. Cap.* 12. *n.* 5.

in judicio intervenire et fieri a judice oportet ut judicium ratum sit, id quoque in arbitriis intervenire et fieri oportere, alioqui nihil agi. Si hoc admittimus, deleamus jam ea omnia quæ in Pandectis de hoc genere tradita sunt a juris aucturibus, quæ supra exsecuti sumus Quinimo deleamus etiam ipsas constitutiones Justiniani quæ secutæ sunt postea, quæ propius arbitria ad similitudinem judiciorum revocarunt. Quanvis enim eæ actionem et exceptionem dent ex sententia arbitri non secus quam ex re judicata, id tamen faciunt certis conditionibus, cum passim ea data oportuerit, si per omnia redactum esset compromissum ad similitudinem judiciorum.

III. Quid ergo restat nisi ut, animadversis omnibus arbitrii partibus in quibus nulla prope est in qua non sit aliquid a judicio dissidens, sic illud Pauli dictum (si modo Pauli est ita ut inscriptio significat) accipiamus, ut compromissum ad similitudinem judiciorum redigatur, non per omnia, sed fine ipso et exitu sive potestate; quia fine videlicet eodem feratur, nempe ad finiendas lites? Et quidem ut judicio, sic compromisso, genere quodam judicii et compendioso et certissimo, lites finiuntur; quod videtur. Et ideo Paulus in *d. L.* 1. cum dixisset *compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur*, ipse continenter, veluti interpretatus qua in re redigatur, subjungit hæc verba *et ad finiendas lites pertinet*. Non nego quibusdam in rebus, nec bis paucis, compromissum comparari ordinariæ actioni, *L. non distinguemus*, §. *item si quis*, in fin. *D. eod.* Sed hoc contendo non comparari per omnia, ne quis forte quicquid in officio judicis exigitur, id putet continuo ad arbitrum transferri oportere. Quod si verum est, præter ea quæ supra a nobis ad vim arbitriorum exposita sunt, nihil in arbitrio et compromisso desiderabimus.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIUS

### AD TITULUM INSTITUTIONUM

# DE ACTIONIBUS.

CLARISSIMIS VIRIS ET MAGNIFICIS DOMINIS

## PRÆTORI, CONSULIBUS,

SENATUIQUE URBIS LEIDÆ

### HUGO DONELLUS

### S.

Vertitur hic jam annus propre quartus, viri amplissimi, ex quo me habet civitas et voluntas vestra in eo munere docendi juris, quod ex parte detulistis. Quo tempore toto, dum Reipublicæ et vobis satisfacere studeo, ita opera mea inter vos versata est, ut confidam fidem et sedulitatem in eo munere vobis spectatam esse, nec minus probatam æquitati vestræ. Vellem spectatus item esset animus, spectata mea erga vos observantia. Sic enim in universo eo munere, quas res mihi officii mei ratio erga vos præscribit, abunde opinione mea essem consecutus Sed vereor ne hospiti non contigerit. Hæc scio, omnem illam observantiam publico pri-

atoque testimonio apud vos tamdiu caruisse. Atque utinam ne iniquitas temporum eam aliorsum verterit, atque erat. Atqui, ut eam cum omni cultu me vobis præstare æquum est, quibus optimo jure debetur; ita eam exstare non minus ad officium virorum bonorum, ad exemplum recte facti et grati Deo obsequii pertinere arbitror. Præstandi multæ caussæ; dignitas vestra; merita in Academiam, cujus et nos pars sumus; nonnulla mea conditio privatim cum meritis vestris conjuncta. In primis dignitas. Scimus enim quem hic honorem Deus verbo suo exigat erga eos quos populo suo in Rempublicarum administratione præesse voluit. Quam ad rem in clara et nobili civitate eminentissimo loco ab illo constituti estis. Nec exigendi ratio obscura reputantibus quantum sit illud beneficium quod, ab insigni opera et cura vestra profectum, manat ad omnes; certe cujus caussa vos a Deo constitutos esse eodem verbo docemur, ut placidam et tranquillam vitam agamus cum omni pietate et honestate. Academia ipsa quid vobis debeat, ultro nec invita de se profitetur. Etsi enim institutione, auctoritate et præsidiis communibus eos actores et defensores agnoscit quos oportet; tamen quod in urbem vestram recepta est, quod semel recepta in ea vivit et valet, totum beneficii vestri est; quibus licuit, et licet repudiare. Neque hic constitit beneficium. Non enim ita passi estis illi locum esse in urbe vestra, ut destitutam vestro præsidio ipsam sibi, aut aliis quibus uti vellet aut posset, regendam permitteretis; sed ita voluistis esse vestram, ut non aliter quam partem optimam et nobilissimam civitatis in curam et tutelam vestram vobis cum amplissimis viris ejus Curatoribus communiem susciperetis. Cujus curæ et administrationis ita eos qui publicis stipendiis in ea Academia fruuntur huc usque non pœnitet, ut in eo studium vestrum in Rempublicam cum fide et constantia conjunctam experiri se omnes fateantur. Quo nomine publica studia et bonas artes earumque studiosos perpetua pietate et observantia vobis devinxistis. Mea autem privatim conditio quid hic a me exigat, satis me admonet. Quamquam enim non diffiteor, qui uspiam gentium publicis studiis juvandis dant operam et necessario aliquo aut utili munere in Academia recte funguntur, eos quovis honore dignos videri, iisque sæpe plus debere Academias quam ipsos Academiis; tamen non ita me mihi surripuit hic amor nostri, ut non meminerim, quisquis hic sum, hospitem certe me esse apud vos, cui plura quam indigenis et civibus conditio ipsa nescio quomodo imponat. Sed eo magis, quod hujus conditionis vinculum multis modis merita vestra majus fecerunt. Vel hoc ipsum sentio non in exigui beneficii loco mihi ponendum fuisse, quod vobis visum est hospitem jam ab initio ut vocatum amanter, ita advenientem, cum omni significatione benevolentiæ exceptum, in numero civium vestrorum habere ac complecti. Sed accessit propensio et fides reliqui temporis; quo deinceps in iis quæ beneficio communi liberaliter constituta erant,

ita a vobis habitus sum ad hunc diem, ut in his percipiendis omnia vestra in me humana et exprompta et cum fide summa exstitisse libenter agnoscam. Et hæc quidem juris meritique vestri omnia, quæ et ipsa nequaquam me fugerunt. Enimvero, ut in his cognitio mea fuit, ita beneficio Dei et officii studium. Id quod si a plerisque spectatum non est, velim, quæ vostra æquitas est, sic de me judicetis, si qua in me in munere publico antea fides fuit, neque ei fidei observantiam erga vos parem aut etiam majorem, neque observantiæ testandi studium, sed testari cupienti facultatem et occasionem defuisse. Quam cum nunc res et tempus obtulerint, feci quod officii sui non securos decet, oblatam cupide arriperem; simul in eo exemplum veterum imitarer, ut quoniam benefaciendo publice præiretis, ego pro virili agnoscendo mutua pietate subsequerer. Cumque ad omnem testificationem summæ voluntatis quam quidem a me expectetis, nihil haberem melius quam si darem operam ut insigniore aliquo testimonio hæc ipsa exstaret, adhibui hunc commentarium interpretem qui publice apud alios, privatim apud vos hac opera fungeretur. Idcirco dicatum nomini vestro jussi in publicum exire cum superiore testatione; ut quo pluribus publice exponeretur hic labor, eo pleniore officio, ut testatio, sic et dignitatis ac meritorum illorum gratia ad quam plurimos perveniret. Neque dubitavi quin scripti genus ipsum per se ad eam rem nonnihil invitamenti esset habiturum. Est enim in titulum Institutionum De actionibus, id est in optimum titulum juris; cujus perspecta utilitas et celebrata inter omnes qui de jure aliquid cognoverunt, tam multos omnibus ætatibus ad sui cognitionem pellexit. Atque hoc publicæ testationis consilium fuit. Quod reliquum est, commentarium ita comparatum privatim ad vos misi, qui de animo non ingrati hospitis, deque perpetua erga vos observantia plenius et arctius coram apud vos testaretur. Estoque, si ita humanitas vestra patitur, hoc munus a nobis, quando amplius offerre non licet. Munus, si a re æstimetur, tanti faciendum quanti videbitur; si ab animo offerentis, est cur de mutua benevolentia vestra sibi audeat omnia polliceri. Est enim ab integro, eodemque vestræ dignitatis studiosissimo, qualem forte vos in optimis et vobis deditis civibus juvet interdum spectari.

Valete, viri amplissimi.

Lugduni Batavorum Calend. August. CIƆ. IƆ. CCCXXXIII.

# PRÆFATIO

*Si Juris civilis præcipue finis hic est ut suum cuique tribuatur; tributum ut aliis obtinere liceat, obtinendi autem ratio sita est in judiciis et recta juris nostri persecutione; magnam in primis in eo jure utilitatem esse oportet partis ejus quæ posteriorem hanc cognitionem recte informat. Si quis est autem locus in libris nostris qui id utilissime praestet, is est titulus Institutionum inscriptus De actionibus. Nam quæ quæruntur in omni recta persecutione Quis cum quo recte agat, Quid petat et Quantum, tum Quid ex unoquoque judicio sperare debeat ne frustra experiatur; hæc omnia, propositis ordine de unoquoque genere aptis divisionibus, is titulus commode complexus est; ut si quis ea cognitione instructus veniat ad agendum, metuere non debeat ne non experiatur prudenter; et si quid in adversariis petitionibus vitii aut calumniæ est, facile deprehendat; cumque objicetur, facile refutet, si modo quæ vis sit illarum divisionum et quem hic usum praebeant noverit. Sed et hoc in eo titulo præcipue ad commendationem. Nam cum ex Pandectarum, et Codicis latioribus libris fere sumi soleant quae sunt certa et absoluta de singulis juris partibus; quæque de his brevius interdum etiam velut obiter comprehensa sunt in Istitutionibus, ex illis operibus vel suppleantur vel explicentur; hic contra singulare quiddam evenit, ut nusquam ita ex professo et conjunctim hic locus de recte instituenda actione tractatus sit, ut in eo titulo. Quinimmo eo titulo ea sunt de actionibus tradita, quæ ad aliorum locorum de hoc genere cognitionem inde transferantur. Itaque non abs re is titulus tantopere commendatus est a veteribus interpretibus propter utilitatem. Sed quod in aliis rebus accidit,*

*ut difficilia sint quæ pulchra juxta proverbium , hoc idem in hac parte accidit maxime, ut utilitatem et pulchritudinem rerum par difficultas sit consecuta , cum propter rerum varietatem et incertitudinem, tum propter brevitatem hujus tractationis. Ex quo tam multi commentarii in hunc titulum exstiterunt ; at non quo studio , ita et successu. Vicit enim in plerisque difficultas , ut se res ipsa ejusque utilitas ab his cerni non pateretur. Quod cum non lateret doctos et magnos interpretes plerosque nostra ætate , eandem et ipsi operam sunt aggressi non sine magno fructu et laude. Ego qui sciam quam non omnia semper occurrant omnibus, et quam non sit omnibus in rerum explicatione mos idem, motus sum rei utilitate ut vellem hunc commentarium adjungere : non ut superiorum commentarios excuterem de manibus studiosorum , quod insanum etiam fuisset cogitare ; sed ut cum illis conferrem operas , si quid forte ad cognitionem atque usum optimarum rerum possem adjumenti adferre. Et spero qui utentur , eo se ad eas res adjutos dicent. Etiam me illa spes tenet , habituros hic studiosos juris quo nonnullam sitim, si quam forte in aliquibus hujus operæ expectatio commovit , possint cum benevolentia explere. Res exposui , pluribus fortasse quam nonnulli existimabunt convenire Justiniani instituto , qui scripsit Institutiones , id est elementa juris. Sed res hic traditas spectavi, utpote mihi propositas ad explicandum. Quæ si spectentur , vereor ne scripserim etiam paucioribus quam res tanta explicari posse videatur. Quoniam autem hic divisiones utiles ad juris nostri persecutionem accommodatæ traduntur ; putavi id negotii recte interpretanti plane dari , ut in singulis divisionibus numerus actionum ejus generis partitione , vis actionum definitione , usus singularum juris tractatione explicaretur , verborum atque orationis obscuræ explicatione ad hunc ipsum usum collata. Quod et sum secutus. Mihi quidem utilitas et obscuritas rei id postulare visa est. In quibus omnibus usus sum brevitate rebus conveniente. Non illa quam plerique putant qui puerorum more brevitatem metiuntur lineis aut tempore , sed illa quæ in compendio orationis, res tamen ipsas ad quas tradendas confertur retineret, non amitteret. Nam qui brevitatis et concinnitatis affectantes laudem ita scribunt aut docent , ut omittant res cognitu necessarias , quo videantur celerius ad extremum pervenisse , hi mihi videntur non tam breviter scribere aut dicere quam nihil. Qua brevitate qui delectantur, reperient tandem se illis non esse dissimiles, qui dum cervicem et caudam bovis nacti sint, totum se bovem habere arbitrentur. Hæc de instituto breviter monere visum fuit. Tuus est hic labor, optime lector. Accipe et fruere.*

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIUS

### AD TITULUM INSTITUTIONUM

# DE ACTIONIBUS.

*Partitio Institutionum ad finem juris consequendum recte accomodata, et de ejus sententia.* I.
*Superesse hic quid sit, et ad quam tractationem præcedentem referatur.* II.
*Actio non jus persequendi solum, sed maxime persecutio in partitione juris: et cur Justinianus jus definiat, non persecutionem.* III.
*Actio non inde dicta quod rei agantur ad judicia ut putavit Theophilus, sed agere esse tractare judicio de re aliqua; unde et actio ea tractatio.* IV.
*Jus facultas et potestas: et cur.* V.
*Jus non vis.* VI.
*Persequi quid.* VII
*Judicium quid, et quæ ejus partes, et quam sit necesse hanc partem ita observari in hac definitione.* VIII.
*Debere quid.* IX.
*Debere an etiam dici possit cum quo in rem agitur, et an actio in rem definitione actionis contineatur.* X.
*Accusatio interdum actio dicitur minus proprie.* XI.
*Popularis actio an de eo quod nobis debeatur, et an in bonis nostris.* XII.
*Injuriarum actio an in bonis nostris, et quando.* XIII.
*Officio judicis quæ debentur, qualenus debentur, etiam eorum actionem esse.* XIV.
*In Restitutionibus in integrum, ut petitur debitum, ita et esse actionem.* XV.
*Actionis, petitionis, persecutionis significationem unam esse: docendi caussa hæc distingui.* XVI.

**Superest ut de actionibus loquamur. Actio autem nihil aliud est quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.**

I. Superest. Recte superest; id enim superest ex partitione juris quæ his libris ad tractandum proposita est *tit. de jur. nat. gen. et ci. §. ult.* Partitio ea fuit omne jus quo utimur vel ad personas pertinere, vel ad actiones; partitio ad finem juris consequendum accommodata, eoque optima. Est enim hic finis juris suum cuique tribuere, ut declarant definitio justitiæ et præcepta juris quæ dicuntur *in L. justitia D. de jus. et jur.* Ad hunc finem consequendum necesse est et esse aliquid suum cujusque, et ejus quod cujusque sit obtinendi, si negetur, aliquam rationem. Atque illud quod cujusque est, aut in persona est ipsa cujusque, aut rebus externis. Quod personæ proprium est habeturque in persona, etiam si quis extra se nihil aliud habeat, ut vita, incolumitas, libertas; id jus est quod dicitur ad personas pertinere. Unde jus seu status personarum dicitur, *Inst. de jure personarum*, et *D. de statu hominum.* Quod est in rebus externis, quia aliunde ha-

betur quam a jure personæ, ideo proprie dicitur jus ad res pertinere; in quo de rebus acquirendis constituendisque deque earum jure agitur. Obtinendi utriusque illius juris nostri ratio est in actionibus, id est in persecutione legitima juris nostri, ut recte dicatur hæc pars juris pertinere ad actiones. Quod si ita est quæ de jure civili recte instituitur tractatio, si ad juris finem obtinendum fertur ut ferri debet, necesse est omnem ad tria ista omnino referri, personas seu jus personarum, res, et actiones. De jure personarum dictum est libro primo. De rebus libro secundo et tertio et nonnulla parte quarti ad hunc usque titulum; nam in rebus numerantur etiam obligationes de quibus proxime dictum est, ut declaratur supra, *tit. de reb. corp. et inc.*

II. Qui, tribus membris propositis, de duobus prioribus tantum disseruit, huic necesse est superesse tertium de quo dicat. Hæ vero sunt actiones. Hoc est igitur quod Justinianus dicit *superesse ut de actionibus loquamur.* Nam illa ridicula Theophili ad titulum de obligationibus supra, et Accursii ad hunc locum ratio est, qui dicunt ideo superesse quia proxime actum sit de obligationibus quæ sunt matres actionum, quia dicuntur obligationes actionem parere, *L. licet, §. ea obligatio, D. de proc.* ut postquam dixit de matre, supersit ut videamus de filia. Primum hac ratione dici debuit hoc titulo non debuisse agi de actionibus in rem; quoniam hæ non nascuntur ex obligatione, ut traditur *in §. sequenti*, contra quam hoc titulo factum videmus, in quo pariter de actionibus in rem et actionibus in personam disseritur. Ac prius etiam de actionibus in rem §. 1. et deinceps. Tum autem hæc ratio ab instituto Justiniani alienissima est, qui de obligationibus se dicturum nihil usquam ante proposuit: quidquid autem superest non potest dici nisi ex rebus propositis superesse; aut si tractatum de obligationibus cum tractatu de actionibus conjunctum dicimus, ut fecit Theophilus, et ideo præmissum quia obligatio esset mater actionis, ut sic jam inde ab eo titulo sit initium agendi de actionibus; dici debuit jam tum illud quod hic scribitur, superesse nimirum jam tunc, ut de actionibus loqueretur Justinianus; sed ad eam cognitionem prius agendum de obligationibus.

III. *Ut de actionibus loquamur.* Recte Baro in ea partitione juris quam diximus et ad quam hoc reliquum quod hic dicitur referri debet, intelligi debere ait juris nostri persecutiones, actum persequendi, non persequendi tantum facultatem, quæ etiam tunc est cum nihil persequimur: aut si malumus, sic actiones hic intelligemus jura persequendi, ut sint ista jura quatenus ad rem conferuntur conjungaturque jus agendi cum ipsa persecutione, ut in Pandectis factum videmus cum ad actiones ventum est. Nam si actionem intelligimus tantum jus persequendi, actio res erit incorporalis itidem ut obligatio: omnia enim quæ in jure consistunt, in numero rerum incorporalium habentur, *Inst. tit. de reb. cor. et inc.* Sed et hoc sensu, omnia quæ sunt in actionibus, eadem in bonis, id est in rebus nostris numerantur, *L. bonorum D. de verb. sig.* Nunc autem sic partitio superior distinguit actiones a rebus, ut appareat in numero rerum actiones quæ illic nominantur non haberi. Quod non fit aliter quam, si actionis verbo non jus tantum persequendi, sed et persecutionem ipsam quæ fit judicio intelligamus. Et vero id accipi fini illius partitionis convenit. Eo enim accommodatam partitionem esse diximus, ut quod jus præcipit suum cuique tribuere id consequeremur: quod positum est in eo primum ut norimus quid sit suum cujusque; deinde si id non tribuitur a volente, sit constituta ratio qua obtineatur ab invito. Hæc ratio in facto est. Posita est autem in actionibus et persecutionibus juris nostri. Quapropter actionum verbo eas persecutiones, hanc obtinendi juris rationem quæ ad rem confertur ex sententia et fine partitionis intelligere debemus. Qui fit igitur ut Justinianus actionem de qua agitur statim definiat jus persequendi, non persecutionem, et sic deinceps de actionibus, ut de jure persequendi disserat, non ut de persecutione et judicio? Quia ad explicandam eam persecutionem facti quam quærimus, necesse habuit id facere, natura rei id postulante. Non enim quælibet persecutio juris nostri recepta est, sed ea quæ institutur pro eo jure agendi quod cuique jure publico datum est. Ita ad persecutionem istam intelligendam, prius jus agendi statui oportet. Atque ut forte non necesse esset id facere; tamen ad id de quo quæritur ita pertinet, ut qui hoc docet simul id de quo agitur doceat, atque adeo hoc ex illo multo facilius et commodius intelligatur. Hoc enim cognito quod sit jus agendi cujusque, quid hic cuique jus concedat, statim et quidem optima ratione intelligitur quam hic persequendi rationem instituere et quomodo in ea pro jure nostro nos genere debeamus: id autem est de quo quæritur.

IV. *Actio autem.* Actionem definit jus persequendi: sive placet dici jus persequendi sive persecutionem, merito quæritur

quam id origini verbi conveniat. In quo explicando quia inest definitio nominis, recte fecerimus si de ea prius dixerimus quam de definitione rei quæ hic explicatur: quod tamen non esset necesse de jure agendi, nisi origo et significatio verbi videretur hanc definitionem non pati; constat enim actionem diei ab agendo. Quid est autem, dicat aliqnis, in verbo agendi, ex quo hæc persecentio judicii quæ dicitur in definitione, intelligatur? Et Theophilus id explicans hoc loco (1) scribit actionem dietam ab agendo, eo quod improbos et perfidos ad judicia agamus, id est invitos trahamus; quod ex jure vetere ab eo dictnm, eoque et recte dietum existimari potest: sie enim jus olim fuisse constat, quod et in Pandectis relatum est, ut si quis in jus vocatus non iret, invitum ducere, id est agere liceret, *tit. D. in jus vocati ut eant*, de quo more alias plura. Et hanc rationem ab illo acceptam etiam viri docti plerique sunt secuti non satis attente, meo judicio, neque illi neque Theophilus. Nunquam enim verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usi sunt veteres ut hoc verbo idem significarent quod ducere, trahere; quod certus et perpetuus usus loquendi veterum declarat. Interdum enim dicunt agere eum adjuncto; interdum agere simpliciter. Cum adjuncto hoc modo ut dicant vel agere eum aliquo, vel agere judicio, agere interdicto. Simpliciter, ut eum dicimus non licere alicui eo nomine agere, alicui eo nomine esse actionem aut non esse. In adjunctis superioribus nemo est qui non videat agere nihil minus significare quam trahere aut ducere invitum. Non enim dicimus trahere eum aliquo, sed trahere aliquem; nec ducere eum aliquo, sed ducere aliquem: sic nec in eadem significatione licet dicere agere eum aliquo, sed agere aliquem invitum. Illud vero agere judicio perspicuum est non significare trahere et ducere aliquem judicio. Ducimus ad judicium, non judicio: ducimus et trahimus manu et corpore nostro, non judicio; et ducimus antequam judicium ullum esse cœperit. Quod si quando lectum esset apud veteres aut in usu juris dici agere aliqnem de reo qui in jus vocatur aut ducitur; esset cur admitti posset ducendi et trahendi significatio in verbo agendi. Nunc autem perpetuus hic usus est veterum in legibus, edictis et scriptis omnibus, ut eum qui judicio convenitur, id est reum, verbo forensi, circuitione usitata nominent eum cum quo agitur. Sic nominatur in edicto de jurejurando, interprete Ulpiano *in L.* 3. *D. de jur.* sic nominatur *tit. Inst. de excep.* in pr. sic, ex usu veterum juris auctorum, Cicero eum alibi sæpe, tum lib. 2. de inventione. *Agit is*, inquit, *cui manus præcisa est, injuriarum: postulat is qui cum agitur, a prætore exceptionem, extra quam si in reum capitis præjudicium fiat. Hic is qui agit, judicium purum postulat: ille qui cum agitur, exceptionem addi ait oportere.* Nunquam ergo agendi verbum proponitur eum adjuncto in judiciis, ubi agere interpretari possimus ducere aut trahere invitum. Quid, eum simpliciter (2) agere aut actionem nominant veteres, an videntur hoc verbo ullam ejusmodi ductionem aut tractionem significare? Nullo modo. Demus enim eum qui in jus vocatus venerit sponte, atque etiam litem erit contestatus; nemo dubitat quin recte dicatur judicio cum eo actum esse, et quod judicium adversus eum institutum est esse actionem: non convenit autem omnino eum dici actum esse, qui sponte fortasse et libens venerit. Demus etiam aliquem invitum trahi in jus. Ne huic quidem tribui potest ut dicatur agi in jus, pro eo quod est invitum trahi. Ad hoc significandum usi sunt veteres ducendi verbo, non agendi, ac ne agendi quidem verbo recte uti potuerunt. Agimus jumentum aut vehiculum quæ ante nos promovemus, ut præcedant, nos sequamur; unde actus servitus, *L.* 1. *D. de ser. rust. pr.* Ducimus homines, vel quos manu, aut corpore apprehensos ducimus, vel quibus ita viam indicamus, ut vel sequantur præeuntes, vel una nos comitentur. Ad hanc quidem coactionem significandam de qua loquimur, ubique legimus veteres ducendi verbo usos esse, agendi nunquam. Terentius in Eunuch. act. 4. sc. 6.

*Si vim faciet, in jus ducito hominem . .*

Cicero lib. 2. De Orat.

(1) *In pr. I. de act.* et probaut Baro *ibid.* P. Gregor. 21. *Synt.* 8. *n* 2. et A. Fab. 20. *Conject.* 9. *p.* 110. Id Græculi, inde quia ipsorum simile verbum est, ἄγειν, ut Jac. Curt. 1. *Conject. ad Fr.* 15.

(2) Et hæc vox forensi modo usurpata, nec ductionem tractionemve significat, si simpliciter ponatur, ut licere alicui agere; nec si cum adjecto, agere in judicio, non ad judicium, agere injuriarum, judicati etc. Nec omnem vi ducere, in jus necesse, sed resistentem; nec minus actio, si lubens eat, Gifan. *ad L.* 28. *de O. et A. n.* 3.

*ut apud Nerium videtur esse misericors ille qui judicatum duci videns percunctatur ita: Quanti addictus? mille nummum: si addidisset tantummodo, Duras licet, esset illud genus ridiculi præter exspectationem; sed quia addidit. Nihil addo, ducas licet, addito ambiguo altero genere ridiculi, fuit, ut mihi quidem videtur, salsissimus.* Paulus in *L.* 2. in fin. *D. si ex nox. cau. ag*, sed si servus præsens est, et dominus abest, nec quisquam servum defendit: ducendus erit jussu Prætoris. Quid interdictum quo agitur ut filium qui in potestate nostra est, nobis velut auferre et domum cogere liceat, nonne de liberis ducendis conceptum est a Prætore, non autem de agendis? *L.* 3. *D. de lib. exh. item duc.* Unde Ulpianus jus hoc quod patri edicto tribuitur, non actionem vocat sed ductionem; jus ductionis, non actionis, *d. L.* 3. in pr. *hoc interdictum,* inquit, *pertinet ad ductionem, ut ducere quis possit eos in quos habet jus ductionis.* Non igitur profecto ab eo quod reum in jus ducere liceat, actio dicta est; quam hac ratione ductionem dici oportuerat, non actionem. Quid ergo est? Animadverto hæc verba agere cum aliquo, a Latinis probatisque auctoribus omnibus præcipue nostris sic usurpari, ut sit tractare cum aliquo de re aliqua, quo ab eo impetremus: petere ab eo et contendere ut quid præstet, faciat. Exemplorum plena omnia; uno aut altero contentus ero. Cicero de amicitia: *cum enim sæpe mecum ageres, Attice, ut de amicitia scriberem aliquid:* id est, cum sæpe mecum tractares de ea re, sæpe a me contenderes, peteres, ut de amicitia scriberem. Idem ad Atticum lib. 5. *Is egit mecum accurate multis verbis, ut tibi responderem.* Id si usquam, fit maxime in instituendo judicio et jure nostro persequendo; tractat enim actor cum reo de eo quod illum dare facere oportet, et petit ut præstet. Unde (3) agere et actio pro ea tractatione. Quod a veteribus hic intelligi non aliud est argumentum certius, quam quod dicimus non agere aliquem, sed agere cum aliquo, *ut aliquoties in* §. 1. seq. item quod reus dicitur a veteribus, ut ante ostendi, non is qui agitur, sed is cum quo agitur, et ut Cicero loquitur, qui cum agitur. In qua oratione non aliud licet intelligere ex adjuncto, quam illam ipsam tractationem et contentionem cum aliquo. At petimus et contendimus quid sæpe ab adversario extra judicium; petimus etiam ab amico quod ille non debeat; neque tamen usu juris aut hic agere dicimur aut hic esse actio, *L. amplius, D. rem rat. hab.* Nempe quia jus hic effectum rei spectat, non nudam petitionem quæ effectum petitionis jure non habet. Si quis quid petit extra judicium, ejusmodi est ut nec cogatur actor præstare in ea petitione, et reo petitionem contemnere liceat; quod perinde est jure quasi petitum non esset. Tunc igitur et tractatur serio ac res effectum habet cum agitur judicio, ubi reo defugere impune non licet. Merito igitur tunc primum ab effectu agere dictum et actio, non ante. Nam nec petere in usu juris dicitur is qui extra judicium petit, sed solum qui judicio et litem est contestatus, *d. L. amplius D. rem rat. hab.* Sic tamen judicio cœpto agere dictum, ut nihil aliud intelligamus quam eum qui judicio petiit, serio, et vere cum adversario de re petita judicio tractare cœpisse; cœpisse cum eo de re et jure suo experiri, ut quod voluntate non potuit, jure judicioque ab invito teneat. Denique non alia forma verborum dictum est agere cum aliquo privato, quam agere cum populo. Quid est autem agere cum populo? Id A. Gellius sic explicat *lib.* 13. *cap.* 14. rogare quid populum, quod suffragiis suis aut jubeat aut vetet. Hoc vero nihil aliud est

(3) De varia vocum *agere* et *actio* acceptione, usu juris vid. Ludov. Gomes. *in pr. I. h. t. n.* 7. qui novem significatus refert, Benincasa *in Præf. ad h. t. n.* 116. Vult. *in pr. I. h. t. n.* 13. qui significatione maxime restricta condictiones venire scribit, latiori vindicationes quoque; adhuc latiori extraordinarias persecutiones ex officio judicis; generalissima denique omnes actus legitimos, vid. Val. Guil. Forst. *Tract. Justin. P.* 2. *Disp.* 1. *Th.* 1. Etsi vero actio et caussa sæpe ab auctoribus tum aliis tum nostris promiscue sumi videntur, non confundenda tamen, nec idem sunt, ut post Placentin. Vacon. 6. *Declar.* 89. *n.* 7. quem refellit *L.* 14. §. 2. ibi *cum in rem ago non expressa causa,* D. de exc. *rei jud.* Differuntque, *sive* causa sumatur pro lite ac controversia, ut in *L.* 8. *pr. D. Mandati et simil.* (sicuti advocati causas agere dicunt), sive titulum ex quo agitur, ut *d. L.* 14. §. 2. Qui et actione sublata manet, veluti si quod mihi debes ex empto solveris, actio et obligatio perempta, titulo pro emptore manente. Et ubi actio variatur, quandoque causa eadem, veluti cum de dolo parentis patronive agitur, non actione concepta de dolo, sed in factum, Dynus *ad pr. I. de act. n.* 22. *et seq.* Gomez. *ibi n.* 24. et Vult. *n.* 99. Benincasa *n.* 163. *et seqq.* Sequi vero dicitur causa obligationem, *d.* §. 2. scilicet in libelli compositione, quamvis ordine naturæ eam præcedat.

quam de hac ipsa re tractare cum populo, id agentes ut jubeat aut vetet, idque ipsum ab illo impetremus. Sed quoniam fit rogando, ut fert majestas populi, non exigendo quod ille non debet; ideo recte dixit A. Gellius id esse rogare quid populum, quod jubeat aut vetet. Non alia igitur nec in privatis hujus formulæ significatio est, quam ut cum dicimus agere cum aliquo, intelligamus tractare cum eo de re aliqua ut impetremus, nec tamen quovis modo tractare, sed efficaciter: quod fit judicio. Eadem verbi agendi significatio est in judiciis, et tum per se ponitur sine adjuncto; intelligitur enim agere judicio; quod eodem redit. Nam et experiri judicio dicimus, idque frequentius. Dicitur tamen et absolute experiri, ut intelligatur experiri actione, experiri judicio; quæ passim legenti in libris nostris occurrent. Cicero pro Cecina *Quid agas mecum, ex jure civili aut prætorio non habes.* Idem pro Quintio *Ego experiri non potui.* Hinc ergo tractatio illa cum aliquo et contentio jure suscepta, actio appellata; ut sit actio, si verbi significatio et origo quæritur, jus agendi non aliquem, ut ex sensu Theophili intelligi debuit; sed agendi et tractandi cum aliquo, de ea re videlicet quam judicio ab eo tenere et consequi volumus.

*Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi.*

V. Jus, id est potestas jure tributa, ut in definitione usufructus, itineris, viæ, actus et similium, *L.* 1. *D. de usuf. L.* 1. *D. de ser. rust. præd.* Quæ significatio non ex proprietate verbi est quo significatur jus naturale, gentium, aut civile, et omnino quæcunque lex est, quodcunque præceptum quod recta ratio naturalis, aut civilis inter homines constituit, *L. omnes D. de jus. et jur*, sed inest in eo figura usitata, metonymia, qua jus continens accipit contenti significationem; ut sit jus non lex, non ipsum illud quod constitutum est, sed id quod jure continetur, id est quod jure tribuitur, quod jure cuique licet facere. Inde illa: jus suum persequi, jus suum obtinere, jus suum cuique tribuere, nulli jus suum detrahere, *L. justitia, D. de jus. et jur. L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. jur.* In quibus nun intelligimus id quod quisque legislator constituit, sed quod lege cuique habere conceditur, quod persequi et de quo certare ut sibi id tenere liceat. Nec alia, opinor, hujus verbi significatio est, cum dicimus aliquid suo jure agere. Mitio apud Terentium

in Adelph. Act. 1. Sc. 1.

*Do, prætermitto, non necesse habeo omnia*
*Pro meo jure agere* . . . . . . .

*Pro meo jure*, valet pro eo quod mihi jure ac lege licet in filiam statuere, pro imperio et potestate quam patri jus nostrum concedit. Hinc ad nomen juris faciendi verbo addito, ut dicatur jus utendi, jus eundi, agendi, potestas et facultas ejus rei significatur lege concessa. Itaque jus persequendi hic erit quod dixi, facultas persequendi lege tributa.

VI. Jus, per metathesim si quis dici velit ut sit jus quasi vis et necessitas quæ nos teneat, non improbabiliter dicatur fortassis alio loco, ubi jus potestatem quid faciendi non significet. Ut autem hic dicatur, natura actionis et potestatis omnis jure tributæ non sinit. Neque enim actio dici potest vis aut necessitas persequendi, cum unusquisque quod suum est aut sibi debetur persequi possit, si vult; si non vult, nulla cuiquam necessitas sit persequendi, *L.* 1. *C. ut ne ag. vel co. eng.*

VII. *Persequendi.* Persequi est eo usque sequi donec assequamur. Translatio a feris fugientibus huic loco convenientissima, cum de reo conveniendo et nostro obtinendo agitur. Nam reus, dum solvere et præstare quod petitur detrectat, fugere videtur. Unde et Græci reum (4) φεύγοντα vocant. Sed et rei intentionem de fugiendo efficiunt, ut res quoque ipsæ quas petimus, una nos fugere videantur; quas laboramus obtinere, neque tamen per fugam rei possumus. Fugientes res quibus instamus, recte dicimur sequi. Quod si eo usque sequimur donec consequamur, recte persequi dicimur. Id autem fit agendo judicio. Unde actio recte jus

(5) Vid. *not. Lib.* 17. *Comm. civ. C.* 4. *n.* 5. Et hoc quoque verbo exceptiones quæ proprie actiones non sunt *L.* 8. §. 1. *de V. S.* excluduntur, quibus rei non petunt aut persequuntur, sed persecutiones repellunt. Dyn. *in pr. I. h. t. n.* 13. Gomes. *n.* 49. Myns. *n.* 7. Vult. *n.* 7. 103. Harprecht *n.* 11. Goedd. *ad d. L.* §. 1. *n.* 4. in quo et differt a bonorum possessione, *L.* 3. §. 2. *de bon. poss.* quæ non tantum in agendo, sed et patiendo, cum non minus creditores hereditarii bonorum possessores conveniant quam debitores ab illis conveniantur, vid. Hot. *in pr. I. h. t.* v. *persequendi*, Vult. *ibid. n.* 105.

persequendi judicio. Hinc intelligimus omnem actionem persecutionem esse. Sed, docendi caussa, quo species actionum suis quæque nominibus notatæ magis intelligantur, distinguuntur ista in usu juris, ut aliud sit actio, aliud persecutio, *L. bonorum, D. de Ver. sig.* De quo paulo post plura in verbo *debetur.*

VIII. *Judicio.* Judicium non male ita definiatur, legitima actio de re controversa inter actorem et reum apud judicem constituta, caussæ tractactionem inter litigatores, et judicis de ea re tum cognitionem, tum sententiam continens. *Legitima actio;* quia omnis judicii tractatio certo ordine et progressu jure constituto constat, ut partes judicii subjectæ ostendunt. Hujus actionis et tractationis partes sunt. judicii constitutio seu litis contestatio; caussæ tractatio et cognitio; tum sententia et pronunciatio judicis. Prima judicii pars litis contestatio; unde judicium cœptum dictum, cum lis est contestata. *L. 1. C. de jud.* juncta *L. lite D. de Usur.* Hanc sequitur causæ cognitio posita in his cognoscendis quæ ad caussam pertinentia a litigatoribus acta et probata sunt. Hæc ita est necessaria, ut etiam ipso jure nullius momenti sit sententia quæ lata sit, caussa non prius judici intelligenter cognita, *L. judices, C. de jud. L. ex stipulatione, C. de sent. et int.* Summa pars et præcipua ex qua et judicium appellatur, est sententia et pronuntiatio judicis, hujus condemnationem aut absolutionem continens: ac tum dicitur res judicata, eum hac pronunciatione res finem controversiarum accepit, *L. 1. D. de re judic.* Ex hac parte sola, ut dixi, proprie judicium appellatur. Est enim judicare Varroni *lib. 5. de ling. lat.* dicere jus seu quid juris sibi videatur de re aliqua, et quibusdam verbis dicendo rem finire; quod tum facit quisque, cum fert sententiam. In litis autem contestatione et caussæ disceptatione atque cognitione, nulla ejusmodi juris et sententiæ dictio est. Sed tamen hic quoque judicii partes esse dicuntur, non tam proprietate verbi, quam rerum istarum cum sententia necessaria conjunctione; quod scilicet jure hæ ita ad vim judicii et sententiæ antecedere debeant, ut sine his nullum judicium sit, nulla sententia: quæ res facit, ut cum in his constat vis sententiæ, eædem quoque hujus vis, proinde et sententiæ efficacis partes sint, a quibus judicium incipere, sic deinde ad sententiam progredi debet. Judicii adjectio et superior definitio in primis hoc loco notanda. Nam prius nos admonet quantum cuique tribuatur ad res suas reposcendas, posterius quantum judici ad cogendos eos cum quibus apud eum agitur. Jure civili nihil amplius cuiquam tribuitur ad res repetendas quam actio. *L. extat, D. Quod met. cau.* quod omnia Prætorum edicta declarant, quibus illi hoc solum pollicentur se actionem daturos. Quare, si actio jus est persequendi, sed judicio; statim verbo judicio admonemur ad res repetendas judicio opus esse, vim privatam prohiberi; nulli denique licere quod suum aut sibi deberi putet, vi et auctoritate sua auferre, sibique in re sua jus dicere: quod et diligenter constitutionibus provisum est, pœna adversus vim varie constituta, ut *d. L. extat, D. Quod met. caus. L. si quis in tantam, C. unde vi* §. 1. *Inst. de vi bo. rap.* Cum autem judicium esse dixerimus quod præter sententiam judicis, etiam in eo caussæ cognitionem diligentem desideret; hoc etiam accedit de potestate judicis et ratione cogendorum reorum ad solutionem, ut intelligamus negantes debitores a judice armata vi aut alio modo terreri non debere, sed prius convinci oportere, convictos damnari, sic denique damnatos remediis juris ad solutionem urgeri; quod et diserte cautum est in *L. negantes, C. de ob. et act. L. 1. C. de exsec. rei jud.*

IX. *Quod sibi debetur.* Ex hoc verbo incidit hæc definitio in reprehensiones vitiosæ definitionis. Nam et quædam actiones videntur hoc verbo non contineri; et rursum eodem verbo quædam comprehensa quæ non sunt actiones: ut et illa parte angustior sit definitio, hac latior definito; vitia duo nota in definiendo. Ac videamus primum an non multæ sint species ex quibus persequamur quod nobis non debetur, ut non contineantur debendi verbo, actiones tamen sint. Nam cum duo genera sint actionum, in rem, et in personam, de quo est *in §. sequenti,* primum hoc verbo in universum non continentur actiones in rem; deinde ex actionibus in personam non videntur hæ contineri, popularis, injuriarum, accusatio; quæ tamen et ipsæ sunt et nominantur actiones. De quibus priusquam recte statuatur, cognoscendum est quid sit debere, et quæ hoc verbo contineantur: sic enim intelligemus utrum eo verbo contineantur superiores species, necne. Et debere quisque seu debitor esse intelligitur, a quo invito pecunia exigi potest: sic definitur *in L. debitor, D. de Ver. sig.* Ergo is qui tenetur necessitate ejus pecuniæ præstandæ; ab eo enim invito solum pecunia exigi potest, qui et necesse habet quod exigitur præstare. In nullo porro est

hæc necessitas præstationis, nisi in eo qui est alteri obligatus ut det quid aut faciat; sic enim definitur obligatio, vinculum juris quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ. *Supra de obl.* in pr. Quapropter in quo quis alteri obligatus non est, id alteri debere non intelligitur.

X. Hinc jam judicetur de actione in rem. Et de ea traditum est *in §. sequenti* actione in rem agi cum eo qui nullo jure nobis obligatus est; quod ex superioribus nihil aliud est quam actione in rem agi cum eo qui nihil debet. Quid opus est verbis in hac actione, cum diserte traditum sit in *L. scribit, D. de aur. et arg. leg.* quod suum cujusque sit, id ei non deberi? Quod si ita est, non continetur hac definitione actio in rem, definiturque hic tantum in personam actio, quæ sola adversus eum datur qui nobis debet, qui idem nobis obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio, ut est in *d. §. 1.* et *L. actionum, D. de ob. et act.* Et hoc alibi posset admitti, et fortasse hoc ipsum sensit Celsus a quo sumpta est hæc definitio, quæ extat in *L. nihil aliud, D. de ob. et act.* moverunque eo quod actionis verbo usitate veteres actionem in personam significabant, ut et in eundem titulum *de obl. et act.* relatum est ex Papiniano in *L. actio*, ut dici possit ad eam significationem atque usum veterum qui præcessit, accommodatam esse sequentem definitionem Celsi. Sed hoc, inquam, illic atque alibi potest admitti; hoc loco non potest, ubi Justinianus instituit agere non de actione in personam tantum sed de omni genere actionum; ac primo etiam loco agit de actionibus in rem. Esset etiam valde ridiculum, cum genus posuisset actionis in personam quod definivisset, id mox dividere in actiones in rem et actiones in personam. Sic res habet ut, nisi hoc loco omnem actionem complexus fuerit definiendo, nihil ejus instituto, nihil huic titulo hæc definitio conveniat. Neque vero debendi verbum refragatur. Etiam hoc verbo continetur in rem actio. Non enim male dixerimus aliquid debere esse ad id præstandum jure teneri, aut id præstandum jure teneri; ita teneri, ut id præstare oporteat? Atqui debet hoc modo, qui convenitur actione in rem. Non debet nobis rem nostram, aut eam de qua alia qua-vis actione in rem agitur; at debet ejus restitutionem, eamque ipsam hujusmodi actionibus persequimur, *L. officium, L. qui restituere, D. de rei vind.* Est igitur et in rem actio, ea in qua persequimur id quod nobis debetur. Qua ratione dictum est in *L. pecuniæ §. ult. D. de ver. sig.* hoc verbum *debuit* omnem omnino actionem comprehendere intelligi, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio. At negamus actionem in rem dari adversus eum qui obligatus est, *d. §. 1. inf.* an non igitur simul negamus dari adversus eum qui debet? Proprie negamus. Paulo largius dici potest aliud esse debere quid aliud, ad id obligatum esse. Debet quisquis obligatus est; sed potest debere et qui non est obligatus, ut in hac in rem actione. Is obligatus dicitur qui facto aliquo obstringitur vel suo vel alieno ad aliquid præstandum: quod postquam contigit, ejus necessitatem evitare non potest nisi solvendo, ut est definitio obligationis. Facto suo, veluti contractu aut maleficio suo, alieno, veluti si quis negotia ejus gesserit aut ex ejus cœnaculo quid dejecerit, effuderit. Nullum ejusmodi factum incidit in actionibus in rem; propter quod is qui actione tenetur, obstringatur ei cui competit actio. Is tenetur hac actione qui rem cœpit possidere, cujus et habet restituendæ facultatem. At ita cœpisse possidere non est id factum quo obstringatur possessor, id est quo ita teneatur quin possit et sine ulla rei restitutione in perpetuum non teneri. Non enim tenetur, si desierit possidere sine dolo, *L. qui petitorio, D. de rei vind.* Quod si postea deprehensus rem possidere conveniatur, teneri quidem incipit; sed propter rem, non ullo suo facto obstringi; magisque est rem hic conveniri non personam, personam tamen propter rem quæ a possessore tenetur, *arg. L. Imperatores, D. de publ.* de quo in *§. seq.* Incipit ergo ad restitutionem rei teneri, eamque debere qui idem aliquo modo ad eam restitutionem non est obligatus. At enim prius diximus eum qui debet, etiam obligatum esse; quandoquidem non ab alio exigi pecunia potest quam ab eo qui sit obligatus. Is autem debitor a quo invito pecunia potest exigi, *d. L. debitor, D. de ver. sig.* Et hoc vere dicitur; sed in eo a quo pecunia, id est pecunia numerata petitur. Hæc cum petatur in genere, ut nostra peti non potest: ut alienam sed nobis debitam peti oportet. Hæc vero si petitur et exigitur ab invito, non ex aliis causis deberi potest quam ex iis ex quibus obligatio nascitur, eoque nec ab alio exigi quam ab eo qui est obligatus. Quod non accedit in actione in rem; quo in genere corpus certum petitur, et id ut nostrum aut ad jus nostrum pertinens, non autem ut debitum; etsi per consequentiam juris nostri, simul etiam corporis restitutio ut nobis debita petitur. Nihil igitur proponitur cur non ad actiones quoque in rem hæc definitio recte possit referri.

XI. Videamus jam de tribus illis, populari actione, actione injurarum, item accusatione criminis. Nam duæ priores, cum aperte actiones vocentur neque etiam aliter possint appellari, nemo dubitat quin sint actiones: accusatio autem criminis etiam actio dicitur, ut *L. qui accusare, C. de ed.* et *C. quan. civil. act. crim. præ.* Dubites tamen an ulla earum contineatur superiore definitione, quia in his non videatur quisquam id persequi quod sibi debeatur. Et de accusatione certum est, ea nos non persequi quod nobis debetur, atque adeo eam hoc verbo removeri. Persequitur enim accusatio omnis solum vindictam criminis, quæ vindicta ad utilitatem Reipublicæ pertinet, non privatorum *L. locatio, §. quod illicite, D. de publican.* Sed nec accusatio quoque actio est aut dici solet, nisi abusive. Unde titulis maxime distinctas istas species videmus, quorum alii sunt de actionibus, ut hic; de obligationibus et actionibus, ut D. et C. alii de accusationibus nun autem de actionibus, tum D. tum C. De populari actione, et injuriarum, quas actiones esse constat, est hoc cur dubitetur an videamur his persequi quod debetur; quod popularis dicitur esse ea quæ jus suum populo tuetur, *L. 1. D. de pop. act.* quasi dicas, quæ quod populo debetur persequitur, non quod nobis privatim. Unde qui habet hanc actionem dicitur non intelligi esse locupletior, *L. pen. D. eod.* Actio autem injuriarum dicitur in bonis nostris non computari antequam litem contestemur, *L. injuriarum 28. D. de injur.* quo significari videtur, ne in hac quidem quidquam ante litem contestatam aut nostrum esse aut nobis deberi, alioqui in bonis nostris futurum, ut omnia tam nostra quam nobis debita in bonis numerantur, *L. bonorum, D. de ver. sig.* Sed nihil horum probat in his actionibus actorem non persequi judicio quod sibi debeatur.

XII. Popularis actio dicitur jus suum populo tueri, quia summus finis et præcipuus huc spectat. Ut enim hic pecuniaria persecutio privato detur adversus eum qui publico nocuit, tamen huc spectat actio ut publica injuria vindicetur atque, hac pœna proposita, publicæ securitati et utilitati consulatur. Interim petitio ipsa prima quæ ea actione proponitur, proponitur privato ei qui agere volet, et privatam pecuniæ persecutionem habet: itaque hactenus de eo est quod huic actori debetur; et debetur quia jus ita hanc actionem constituit, ut qui occuparet litem contestando, huic pecunia ista (5) præstaretur.

(5) Et ita ex populari actione, pœnam totam agenti cedere, non fisco inferri statuit Gœd. ad *L. 12. pr. de V. S. n. 15. per d. 12. et d. L. 5. §. 5.* item per *L. 7. et 9. de Jurisd. L. 3. pr. de sep. viol. L. ultim. de litig.* Et quia alias, ait, definitio latior esset definito, nec divisiones et exempla illi convenirent. Ac communem dicit Jason *in §. pœnales 12. I. de act. n. 39.* referente Wes. *in Par. de jurisd. n. 14.* Qui tamen potius inter fiscum et actorem dividendam sentit, per *L. 25. §. ult. ad SC. Silan.* ut et Cujac. 10. *Obs.* ac probat Petr. Theod. *Disp. crim.* 3. *Th.* 1. *lit. H.* Sed verius puto, nisi privati damni ratione actor ea experiatur, (quo casu, alia illius conditio, per *L. 42. pr. de proc. L. 3. initio princ. de sep. viol.*) regulariter pœnam totam fisco inferri, per *d. L. 3. §. 5. de sep. viol.* quam cum Gœddeo *d. loc. n. 37.* de criminali accusatione exaudire, series præcedentium et sequentium non permittit. Item, per *L. 3. pr. de Term. moto* verbis: *in pubblico dari.* Quorum expositio: id est ex populari actione solvi, ut tamen exactio sit privata, ut Gœdd. *d. loc. n. 16.* nimis a claro et aperto sensu verborum aliena apparet. Nec obstat quod et *in d. L. 3. pr. de term. mo. et in 3. de sep. viol.* actio dicitur ei dari, quicunque agere volet. Ergo pœna cedit agenti. Neganda enim consecutio. Nam et accusare, ex lege Julia ambitus, ex. gr. cujus pœna pecuniaria, cuivis licet; non ideo tamen ad accusatoris commodum. Quin et hæc ipsa causa cur procurator in popularibus pro actore arceatur, ut *Lib. 18. Commentar. Civil. C. 10. n. 5.* Denique *d. L. pen. §. 1. de pop. act.* satis clare hoc convincit. Nimisque durum tum generalitatem verborum *qui habet has actiones* ad tempus quod judicium acceptum præcessit, restringere; quin ut verbi *habere* potissimum accipi debet, tempore post litem contestatam. Antea enim cum, fatente hic Donello nostro, ab alio præveniri possit, cum nec jure domini, quia actio hæc est populi totius non singulorum, nec sine interpellatione obtineat, vere *habere* dici nequit, *L. habere 87. de V. S. L. 164. §. ult. eod.* non magis quam quicunque alius: Sed nec apta ulla dubitandi ratio si, ut Donellus vult, accipiatur. Ad *d. L. 12. de V. S.* resp. dici creditoris loco, non quod emolumentum ad ipsum pertineat, sed quia judicium accipiendo quasi contraxit *L. 13. §. 11. de pecul.* et sic novatione facta, obligationem quæ prius universi populi potius quam singulorum, in se transtulit, subtilitate tamen juris magis quam utilitate, eodem modo quo procurator, lite contestata, dominus litis efficitur, *Lib. 18. Civil. Commentarior. Cap 12. n. 25.* atque ita creditor, quia fit novatio. *L. ult. C. de us. rei jud.* Locupletior tamen ideo dici nequit, cum quicquid ex lite consequitur ad dominum mandantem redeat, *L. 46. §. 4. de Procur.* Ad *d. L. 5. §. 5.* resp. Loquitur de damno pecuniario, *ibid.*

Exemplo sit actio quæ competit eo nomine quod effusis aut dejetis liber homo perisse dicetur. Hæc in quinquaginta aureos proponitur a Prætore *L. D. de his qui dejecer. vel effuder.* Eadem pœnalis et popularis esse dicitur in *L.* 5. §. *hæc autem*, *D. eod.* Cur popularis, eum privatæ pecuniæ persecutionem contineat, quæ pecunia actori præstetur? quia vere hujus actionis finis hic est, ut metu pœnæ prospiciatur securitati viarum; quæ ratio illius edicti redditur in *L.* 1. §. 1. *D. eod.* Et tamen nemo non videt hanc ipsam persecutionem quinquaginta aureorum privato dari, et ejus pecuniæ nomine quam idem actor sibi exigat non populo, et exigat ut debitam; quoniam aliter ab invito exigi non posset, *d. L. debitor, D. de verb. signi.* Cur ergo dicitur qui hanc actionem habet, non esse locupletior? *d. L. pen. de pop. act.* Quia hoc de eo dictum est qui litem nondum est contestatus. Ante litem ex hac actione contestatam, qui hanc actionem habet non est locupletior; post litem contestatam locupletior est, et incipit esse creditor qui prius non fuerat, ut significatur in *L. si cui D. de ver. sig.* quippe judicio contrahitur, *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pecu.* At enim, ut probetur actionem hanc aliquando non esse de eo quod debetur, satis est dici saltem ante litem contestatam hanc actionem haberi, et tamen qui eam habeat non esse locupletiorem. Nam si non est locupletior, utique nihil ei debetur. Erit igitur tum actio popularis, quam etiam dicamus haberi ab eo qui nondum ea egerit; et tamen non erit jus persequendi judicio quod illi debeatur. Ego puto eum qui hanc actionem habeat ante litem contestatam, ideo dici per id tempus non intelligi locupletiorem, non quia non possit esse revera, sed quia nondum intelligatur; verum pendeat ex eventu, an lis contestetur. Si lis contestata non sit, retro versus perinde habetur quasi nunquam actio competiisset, ut vere dicturi simus uti actio non fuit, sic nec quidquam debitum fuisse. Multa autem possunt accidere, ne qui hanc habere putabatur, litem contestetur, vel quia exstitit is cujus magis interesset, vel is qui magis esset idoneus ad agendum (hi namque præferri solent, *L.* 2. *L.* 3. *D. de pop. act.*) vel quia morte præventus, cum vellet agere non potuit. At si litem fuerit contestatus qui hanc actionem habuit, hic contra eveniet ut retro versus diei possit non solum actionem ante habuisse, sed etiam fuisse in eo quod ei deberetur, quod tamen ex eventu postea cœperit intelligi. Et certe frustra institueretur actio de ea pecunia quæ petitur, nisi peteretur ut debita, ac de ea ut debita actio competeret. Non enim post litem contestatam nasci oportet jus persequendi ut recte agatur, sed ante; alioqui intentio non procedat. Conditio actionis impleta locum petitioni facit, non ex petitione impletio hujus conditionis nascitur, *L. nuda, C. de cond. stip.* Planeque hic idem accidit quod in re legata, priusquam de agnitione aut repudiatione legatarii constiterit. Dum hoc pendet, non potest intelligi an res sit legatarii; ac de eo affirmari nihil potest, neque e converso, *L. quædam, D. de reb. dub.* Nempe ideo quia potest repudiare; quod si facit, pro eo erit quasi nec esset legatum, *L. legatarius*, §. 1. *de leg.* 1. At si agnoverit legatum; jam ejus res fuisse intelligitur, non

*in fin.* Itaque de intentata ratione privati interesse, quo casu et ad heredes transit si et eorum intersit, et pœna actori applicatur ceu damni pensatio. Ast si alius quam cujus interest velit experiri, heredibus jure hereditario non competit, ut diserte additur *ibidem.* Intellige nec lite contestata, quia verba generalia, et quia veluti procurator populi est sic agens. Is autem ad heredes cœptam litem non transfert, *Lib.* 18. *Civil. Commentarior. Cap.* 17. *N.* 12. Ad *L.* 3. *pr. de sep. viol.* resp. ex ante dictis peti potest; *d.* vero *L.* 7. et *L.* 9. *de jurisdict.* nihil definiunt de hoc in neutram partem. Ad *d. L. ult. de litig.* resp. nec de populari actione esse, nec de persequente publicum interesse, sed suum. Solius enim agentis ibi interest rem litigiosam non dedicare etc. Et ratio subjecta in popularibus actionibus locum non habet. Ad *d. L.* 25. §. *ult. ad Silan.* respondet ipse Gœddeus *d. loc. n.* 18. speciale in ea actione de qua ibi, eoque ipso argui regulam contrariam. Recte hoc; at animadvertere debuit, hoc ipso magis suam sententiam convelli. Si namque eo casu ubi peculiari præmio ad agendum invitare voluit Prætor, ut illic tantum dimidia datur actori pro opera multa in difficili inquisitione impendenda, utique aliis casibus ubi hæc præmii et ratio et pollicitatio Prætoris cessat, integra eidem tribuenda non est. Denique non obstat quod sic definitio actioni populari non congruat. Nam imo congruit æque, uti alii quæ per procuratorem exercetur. Persequitur hic agens pœnam populo debitam, facto rei læso, cujusque interest eam fisco persolvi. Ipso vero actor non suo nomine agit, nec ut Titius, Cajus, (quia nec ex delicto adversarii qui non magis ipsum quam alium quemvis læsit) sed quasi unus ex populo, *L.* 42. §. 2. *de proc.* mandatum habens a lege, sicuti tutores, curatores, etc.

ex quo agnovit, sed retro versus ex quo adita est hereditas, *L. servum filii. L. si tibi homo*, §. *eum servus, D. de leg.* 1.

XIII. Idem de actione injuriarum licet dicere. Hæc ante litem contestatam non computatur in bonis, ut est in *d. L. injuriarum* 28. *de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatur et ita decedit, perinde est quasi nulla fuisset actio; quæ nec illi profuit vivo, nec prodest heredibus ad quos non trasmittitur, *L. heredi* 13. *D. de injur.* Ac si injuriarum agat et litem fuerit contestatus, jam ita fit actio actoris propria, et de eo quod vere dicatur ei deberi, ut ex eodem eventu intelligatur retro quoque fuisse in ejus bonis, et fuisse jus persequendi judicio quod agenti deberetur. Non ergo ante dicitur computari in ejus bonis, non quia non possit esse, si quis consideret id quod natura certum est; sed qoia non potest a nobis hoc intelligi, prius quam litem sit contestatus; multa autem incidere possont ne contestetur. Sunt ergo hæ actiones, id est et in rem, et popolaris, et iojuriarom, omnes ut verbo debendi, ita hac definitione ex eo verbo comprehensæ, nihil ut hac parte desit definitioni, etsi actionis verbo generaliter omnem persecutionem hic intelligamus. Quod ideo hic tenendum esse dicimus, quia aliter non conveniat actionis verbum quod hic definitur, aut partitioni juris initio a Justiniano propositæ, aut subjectæ hoc loco actionum divisioni et tractationi.

XIV. Sed ex hac interpretatione incidimus in alterum incommodum priori contrarium; ut quoniam verbum debendi generaliter hic accipimos, et definitionem de omni persecutione; videatur plus contineri his verbis et definitione, quam definito. Quædam enim videntur esse persecutiones ejus quod nobis debetur, quæ tamen non sint actiones; cujus generis persecotio eorum quæ debentur officio judicis, item restitutiones in integrum; nam de interdictis et stipulationibus prætoriis, ut his petimus aliquid quod debeatur, ita et hæc actionis verbo contineri scriptum est in *L. actionis, D. de ob. et ac.* Quid, quod actiones in rem, item persecutiones extraordinariæ distinguuntor ab actionibus ut species diversæ? De quibus item dicam paucis quantum necesse sit ad definitionis et rei propositæ explicationem. Aut igitur in his omnibus nihil debetur, aut si qoid debetur ac persequendi jos est, simul quoque et in his actio est. Ex his quæ consequimur officio judicis, sunt exempli gratia usuræ: hæ in bonæ fidei contractibus ex mora accedunt et præstantur officio judicis, *L. qui per collusionem*, §. 1. *De act. em. L. quæro, D. loc.* Atque hæ etiam dicuntur ex mora deberi, *L. mora.* §. 1. *D. de usur. L. initio, C. de pac. int. em. et ven. com.* Negantur tamen peti posse, *d. L. qui per collusionem*, §. 1. *de act. em.* quo ipso negatur de his esse actionem, quoniam nulla actio sine petitione. Non ergo, dicat aliquis, jus omne persequendi judicio quod nobis debetur, est actio. Immo aut hæ usuræ non debentur, aut quatenus debentur, de his petitio est et actio. Dicuntur deberi, sed dicuutur cum adjuncto, ut præstentur officio judicis. Cujus tandem judicis? nempe qui aditus erit de usuris, et a quo hæ quoque petitæ erunt; nam ne in judiciis quidem bonæ fidei, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis potest, *L. ut fundus, D. com. divi.* Est igitur et de his petitio, proinde et actio. Et vero actio non tamen qua per se peti possint et principaliter, sed actio de sorte ipsa, circa cujus exsecutionem etiam usurarum ratio habetur officio judicis, ut de simili accessione quæ præstatur officio judicis scriptum est in *L. centum, D. de eo quod cer. loc.* Ita actio est et de usuris, sed quæ de sorte instituta inducat per consequentiam etiam usurarum præstationem. Sortis vero actione sublata, etiam usurarum petitio tollitur, *L.* 4. *C. depos.* Et hoc tempus est quo dicuntur hæ usuræ peti non posse in *d. L. qui per*, §. 1. de act. em. *non possunt*, inquit Hermogenianus, *usuræ peti, pretii sorte licet post moram soluta;* quippe hac soluta tollitur de sorte actio, qua sublata, nec accessioni locus, est *d. L. centum* in fin. *L. ult.* in pr. *D. de eo quod cer. lo.* et ut est in d. *L.* 4. *C. dep.* non hic duæ sunt actiones, una sortis, alia usurarum; sed una sortis cum suis accessionibus, qua sublata, nulla amplius nec de accessione petitio superest. Faciamus ergo actionem de sorte sublatam esse; ne usuræ quidem istæ aut alia accessio debebitur amplius, *d. L. ult. D. de eo quod cer. lo.* Faciamus de sorte recte actum; tum quidem vere dicetur usuras deberi et accedere officio judicis, sed et de bis quoque erit actio; nempe illa ipsa quæ de sorte instituta est, cui etiam usurarum præstatio accedit vi et potestate judicii bonæ fidei.

XV. Restitutiones in integrum ejusmodi sunt, ut qoidquid est in quo petimus restitutionem, sit adbuc in eo quod nobis videatur deberi. Nemo enim videtur re exclusus, quem Prætor in integrum se restituturum pollicetur, *L. nemo, D. de in int. rest.* At de restitutionibus ita scribit Paulus *in L. quod*

*si minor* §. *ult. D. de min.* quasi harum persecutio actionem non habeat. Nam de restitutione minorum loquens *ex hoc edicto,* inquit, *nulla propria actio vel cautio proficiscitur; totum enim hoc pendet ex Prætoris cognitione.* Sed si in restitutionibus beneficium Prætoris facit ut sic etiam debeatur adhuc quod summo jure amissom erat, facit idem beneficium ut et peti possit; in quo est petitio restitutionis proposita a Prætore. Neque hæc petitio aliud est quam actio qua cum eo agitur, adversus quem nos restitui postulamus. Itaque et hæc ipsa cognitio de in integrum restitutione minoris, actio nominatur in *L. non solum,* §. *est et casus, D. de proc.* putaturque pertinere ad illa verba edicti de procuratoribus: Cujus nomine quis actionem dari sibi postulabit, et quæ sequuntur in *L. servum,* §. *ait D. de proc.* Et quod ait Paulus, ex edicto de minoribus nullam esse propriam actionem, hoc ipsum confirmat. Propriam actionem esse negat, significans actionem esse, sed non propriam, id est unam et certam quæ omnibus minorum restitutionibus conveniat. Variæ enim caussæ petendæ hujus restitutionis, varia ad quæ restitutio postulatur. Totum igitur hoc pendet ex Prætoris cognitione, ut æstimet quid, qua de caussa postuletur, ut ad petitionem accommodetur beneficium restitutionis. Quod reliquum est, distinguuntur in usu juris species persecutionum ita, ut actio dicatur solum quæ in personam est, petitio quæ in rem; persecutio, quæ extraordinaria persecutio est, *L. pecuniæ* §. *actionis*, *D. de ver. sig. L. actio, D. de ob. et act.*

XVI. Sed non eo minus verum est etiam actionis verbum generale esse, dicique actionem omnem sive in personam, sive in rem sit petitio, ut adjicitur in *d. L. pecuniæ,* §. *actionis, D. de ver. sig.* quomodo et nunc actionem Justinianus usurpat. Quam recte ergo distinguuntur ? Non sane vi et significatione verborum; quæ omnia per se idem valent, ut quacunque de re cum alio jure judicioque agamus, in eo et actio, et petitio, et persecutio recte dicatur. Actio, quod nulla omnino petitio aut persecutio esse potest licet in rem, in qua non cum aliquo de re aliqua agatur, ut est in §. *seq.* Petitio, quod in omni actione est aliquid quod petamus ab adversario. Persecutio, quod nihil aliud est agere et petere judicio, quam rem judicio persequi. Et ita actionis verbum esse diserte scriptum est in *d. L. pecuniæ.* §. *actionis:* petitionis autem sic usurpatur in *L. exstat, D. Quod met. caus.* sic persecutionis in hac definitione, ubi actio dicitur jus persequendi. Sed in his distinguendis, ut et in aliis innumeris quæ significatione non multum differebant, commoditas docendi spectata est a veteribus; scilicet ut, cum plures essent species actionum quas commodum esset, ut re distinctæ sunt, ita singulas propriis nominibus notari, quoniam verborum confusionem etiam rerum confusio sequi solet; ideo distinguerentur nomina hæc quoque, et actio in personam, petitio in rem, persecutio extraordinaria diceretur. Id factum esse hac ipsa ratione Justinianus docet in verbis injusti, rupti, et irriti testamenti, in §. *alio autem, Inst. quib. mo. test. inf.* quod in una specie dictum, pertinet ad omnes similes.

## OMNIUM AUTEM.

### §. I.



Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera diducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo qui ei obligatus est, vel ex maleficio; quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas intendit adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ actiones in rem sunt; veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat. Nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.

I. Constat hic titulus maxime certis divisionibus actionum: quas priusquam attingimus, utile erit initio summam tituli complecti, et videre quid in his divisionibus et toto titulo agatur. Sic enim facilius cognosci poterunt singulæ tituli partes itemque earum usus, cognita ea re summa ad quam velut extremam referuntur; et simul intelligi quem fructum ex ipso titulo capere possimus: quorum alterum docilitas legentis sequetur, alterum attentio. Accommodata est tractatio omnis ad id quod in hac parte quæritur. Quoniam igitur partitio juris, quam supra posuimus, sic actiones statuit, ut intelligatur in his ea ratio qua jus nostrum quod prius constitutum erat, persequamur et persequamur judicio; ad hanc persecutionem instituendam res postulabat ut intelligeretur quam recte institueretur quævis actio, ne frustra experiremur; tum

quid quantumque sperare deberet quisque ex ea actione quam haberet, ut hine posset etiam existimare apud se num sibi expediret ea actione experiri. Utroque communiter fit, ut sciat quisque an possit agere et quatenus; posteriore etiam an expediat. Et utrumque horum præstat hic titulus, quæ et totidem capita tituli esse animadverto, in quibus explicandis versatur; duo hæc, inquam: unum, quæ sit recta institutio actionis, seu quibus rebus opus sit ad actionem recte instituendam: alterum, quantum liceat ex unaquaque expectare. Horum utrumque explicatur hoc titulo hoc modo atque ordine. Ut quis recte agat, quatuor bis in rebus positum est; ut ei competat actio; ut in eum cum quo agitur; ut petat quod oportet; ut petat quantum oportet. Nam et ab eo cui non est actio jure prodita, et adversus eum in quem non est prodita, frustra agitur; et cum omni actione peti aliquid necesse sit quod debeatur, jure petere quod non debetur nec ultra quam debetur cuiquam licet. Ad hæc explicanda, quatuor divisiones primæ hoc titulo comparatæ sunt, et his adjuncta tractatio de plus petitionibus. *Prima* divisio est in hoc §. *omnium*. protenditurque ad §. *sequens illa*. Hæc docet cui et adversus quem omnis competat actio, et in genere quid petat. *Secunda* est in *d.* §. *sequens*. Ea docet explicatius quid petatur quaque actione: ex quo intelligitur etiam quandiu quæque actio competat, ut ibi dicetur. *Tertia* proponitur in §. *omnes autem*. Ea ostendit quantum quaque actione recte petatur. *Quarta* est in §. *actionum autem*. Hæc ex natura actionis cujusque docet eadem illa quæ jam dixi, nempe quid quantumque pro natura judicii petamus et consequamur officio judicis; plus enim consequimur actione bonæ fidei et arbitraria, minus actione stricti juris. Ex his nascitur quæstio quid fiat, si is qui agit, plus minusve, aut aliud petat quam illum oportet petere. Ex quo illa tractatio de bis petitionibus, superioribus divisionibus subjecta, quæ hunc locum explicat in §. *si quis agens* . . . usque ad §. *sunt præterea*, et in his quæ pœna sit aut non sit docet. His expositis, attexitur *quinta et postrema* divisio (tot enim sunt summæ hujus tituli de actionibus divisiones, ut suis locis ostendetur) divisio illud secundum explicans quod supra posui, quid ex quaque actione sperare debeamus. Ea est in *d.* §. *sunt præterea* et deinceps; qua docemur quasdam actiones esse quibus idipsum, quod debetur et petimus, solidum consequamur; quasdam quibus non semper solidum.

II. Venio ad *primam* divisionem quæ hoc §. traditur; quæ cum doceat quis cum quo recte agat, merito hanc primam Justinianus posuit: prius enim esse oportet adversus quem consistamus judicio, quam quidquam ab eo judicio consequamur. Et quoniam magnus atque evidens divisionis usus est, si id ostendit quod dixi, neque statim ex verbis divisionis id perspicitur; recte fiet si id statim ab initio statuamus. Id vero aperte ostendit divisio, propositis his caussis propter quas adversus aliquem agere possumus. Docet autem in summa duas has omnino caussas esse: unam, si quis nobis sit obligatus: alteram, si possideat quod nostrum sit. Quæ adversus obligatom est actio, in personam; quæ adversus possessorem de re nostra, in rem dicitur: quæ duo genera sunt hujus divisionis. Ut jam, si quæratur quæ caussæ dent nobis actionem adversus aliquem, recte dici possit iu re debita esse adversarii obligationem qua nobis tenetur; in re nostra esse a nobis jus nostrum, ab eo cum quo agitur possessionem: de quibus mox plura.

III. Itaque rectissime sentiunt, qui hanc divisionem ex caussa efficiente (1) ductam esse volunt; apparet enim ex præcedentibus. Non recte vero qui hac divisione explicari putant substantiam actionis. Rogati enim quid sit actio, in qua quæstione de substantia rei quæritur, respondebimus esse jus persequendi, ut est definitio. Rogati autem qualis sit et cujus generis (in quo quia de accidente quæritur, perspicuum est de substantia non quæri, quoniam hæc toto genere differunt, substantia et accidens) duarum alterum, aut in rem esse respondebimus aut in personam. Ne ad finem quidem actionis hæc divisio pertinet; finis enim hic est, ut consequamur quod petimus, sive nostrum sive debitum nobis; minime autem ut persecutione factove personæ, neque in rem quod in dominio possessioneve rei; sed ut ipse Donellus, quod illa contra personam, hæc contra rem. Non igitur persona et res hic ut caussa efficiens considerari possunt, sed nec ut circa quam, seu objectum: verum ut subjectum recipiens.

(1) Diss. Wes. *in Par. h. t. n.* 11. volens ductam esse a materia, circa quam Vult. *in* §. 1. *I. h. t. n.* 2. divisionem a causa materiali reliquis priorem esse; quia non causa efficiens, sed materia ingrediatur substantiam rei, et Myns. *ibid. n.* 8. Harprech. *n.* 2. Certe ab efficiente ductam vix probabile est. Neque enim in personam dicitur quod ex obligatione factove personæ, neque in rem quod ex dominio possessioneve rei; sed ut ipse Donellus, quod illa contra personam, hæc contra rem. Non igitur persona et res hic ut caussa efficiens considerari possunt, sed nec ut circa quam, seu objectum: verum ut subjectum recipiens.

sonam conveniamus aut rem. In quo tamen hæc divisio versatur. Hoc enim efficit divisio, ut norimus ubi personam certam sequamur, ubi rem ipsam quæ petitur. Illud tullerabile non est quod quidam scripserunt a materia sumptam divisionem, quia scilicet omnis actio circa personas versetur, aut circa res. Erramus enim valde si putamus actionem in rem dici, quia in ea res petatur; in personam, quia petatur persona. Una omnium actionum materia est, res quæ petitur, sive in personam agatur sive in rem. Et si quando acciderit ut petatur servus; non tamen ut persona petitur, sed ut res vel nostra vel nobis debita; et tam actione in rem peti potest si noster est, quam actione in personam si debetur. Sed cur ita vocentur paulo post suo loco dicemus.

IV. *Quibus inter aliquos apud judices.* Hæc verba declarant judicium tribus personis constare: actore, et eo cum quo agitur, id est reo, *L. 3. D. de fur.* qui litigatores sunt inter quos res agi dicitur: item judice apud quem res agitur, qui ejus caussæ judex et disceptator est. *Apud judices arbitrosve.* Judex ab arbitro hoc distat. Judex est qui ita judicat, ut in ea re munere publico fungatur, *L. ult. §. judicandi, D. de mun. et hon.* Unde et notionem habere dicitur, id est potestatem cognoscendi jure constitutam, *L. ait, D. de re jud.* Arbiter autem est judex quidem et ipse, ut significatur *in L. pen. D. de jud.* sed judex voluntarius, id est qui ex consensu litigatorum sumptus, inter eos partes judicis suscepit, *L. Pomponius §. recepisse, D. de recep. ar.* Is non appellatur judex proprie, quæ ratio est eos hic distinguendi; quia judicis est judicare, conjugata enim judex et judicare. Est autem judicare jus dicere, Varroni *lib. 5. de ling. lat.* id est dicere quod vere jus est; quod est proprium officium judicis: ab eo enim exigitur ne aliter judicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est, *tit. de off. jud.* in princ. *inf.* At arbiter ita judicat, ut magis arbitretur, id est in sententia id dicat pro officio, non utique quod jus est, quasi aliud ratum non sit; sed quod sibi æquum videtur, ut ratum sit, sive æquum dixerit sive iniquum, *L. qua'em,* in princ. *D. de recep. L. societatem,* 76. *§. ul. D. pro soc.* Non eo minus tamen recte conjunguntur hi cum judicibus hoc loco, cum de actione instituenda, id est ea persecutione quæ judicio fit, agitur. Nam ut arbitri judices sunt, ut dixi, sic apud eos et persecutio et judicium; et quidem ita ut, quanvis in dissimili potestate judicandi, eadem tamen forma sit et ratio judicii exercendi. Hic eodem modo actio instituenda; nec aliter eorum arbitrium ratum est, quam si ordine judiciario, id est caussa more judiciorum agitata et cognita ad sententiam ferendam processerint. Idque est quod dicitur compromissum ad similitudinem judiciorum redigi. *L. 1. D. de recep.* compromissum, id est arbitrium, cum ex compromisso itur ad arbitrum, *d. L. societatem §. ult. pro soc.* Quod si vere dicitur in arbitris qui proprie ita appellantur, nec funguntur publico munere judicandi; multo magis pertinet ad eos judices qui, cum vere sint judices fungentes publico munere, dicuntur etiam in usu juris arbitri: quo verbo ut plurimum appellari solent judices qui ex bonæ fidei judicio cognoscunt, propter liberam judicandi potestatem pene per omnia cum arbitris communem. Unde et judicium ipsum arbitrium, *L. ad officium, C. com. divi. L. ut fundus, D. com. di. L. pro socio. D. pro soc. L. arbitrium, L. ult. D. fa. er.* Sed cum locus utrumque ferat, plenius est arbitrorum verbo priores hic accipi, sed et rectius; nam alioqui non satis commode distinguerentur arbitri a judicibus, cum posteriores isti maxime sint judices et dicantur, ut d. *L. ut fundus, com. divi. d. L. arbitrium, fa. er.* Scio conjungi ista interdum, judicem arbitrumve, ubi tamen arbitri verbo judex datus intelligatur, ut in *L. lex Julia, D. de leg. Jul. rep. L. a Divo.* in pr. *D. de re jud.* Sed id tum fit cum ex adjuncto intelligitur non alium judicem arbitri verbo posse accipi; quod fit in *d. L. lex Julia*, ubi ita scriptum est, lege Julia de repetundis præcipi ne quis ob judicem arbitrumve dandum, mutandum, jubendumve ut judicet; quæ adjuncta nisi in judicem a magistratu datum non cadunt, quoniam ex compromisso sumpti nec dantur, nec mutantur a magistratu. Idem intelligitur, cum nominatur arbiter quem magistratus dedit, *d. L. a Divo, de re jud.* Hoc autem loco nulla res cogit significationem judicis et arbitri in angustum adducere, et negligere commoditatem distinctionis, ut cum prius nominati sint judices generali vocabulo, subjiciantur adhuc alii divisim, qui nihilominus judices sint. Recta est interpretatio quæ in ambiguis non quærit quid usquam significetur verbo, sed prudentiam adhibet et videt quid ei loco in quo versatur, maxime conveniat: cum in ambiguo sermone non utrumque dicat qui loquitur, sed id duntaxat quod vult, ut bene scripsit Paulus in *L. 3. D. de reb. dub. De quacunque re,* sive corporalis erit sive incorporalis, et sive nostra erit sive

nobis tantum debebitur: hæc enim postea genera rerum in actionibus distinguuntur, quia ad genus actionis sæpe multum intersit, quo de genere earum rerum agatur.

V. *Summa divisio.* Summa diviso sæpe nominatur a nostris ea quæ inter multas prima ponitur. Ut summa divisio personarum *tit. de jur. per. sup. L.* 3. *D. de stat. ho.* summa divisio rerum in *L.* 1. *D. de rer. di.* summa divisio actionum hoc loco. Et hoc vident omnes: ratio nominis non item nota omnibus; de qua nonnihil dicendum est, eum potius videri possit verbi significatio repugnare. Nam summum Latini solent appellare quod est ultimum et postremum; quo ex usu summum opposuit primo Horatius *epist.* 1. *lib.* 1. his verbis

*Prima dicte mihi, summa dicende camœna*

Et certe scimus summa esse, quæ sunt in supremo loco, qui locus in exstruendo et conscendendo solet esse postremus. An ergo summa intelligetur brevis, ut solemus summam dicere in numeris; ex quo summa rerum, et summatim dicere, cum significamus multa in unam summam colligi, et dici breviter? Sed sunt aliæ divisiones ejusdem generis tum mediæ tum postremæ, non minus breves, interdum etiam breviores. Quid ergo est? Et ut est relatio ad res alias, ita variatur summi significatio; recte ut alias dicatur summum, quod est extremum; alias summum non id quod primo loco ponimus, sed quod primum locum tenere debeat. Interdum enim summum ad ordinem et progressum collocationis refertur, interdum ad rei et loci dignitatem. Ordinem collocationis cum spectamus, recte summum dicitur quod est extremum; quoniam quæ in exstruendo summa sunt, tempore et progressu collocationis sunt extrema; extremo enim loco imponuntur. At cum dignitatem rei inspicimus, primo quidem summum dicitur quod in summo et maxime omnium edito loco collocatur propter præstantiam. Sed quoniam quæ ejusmodi sunt summa, eadem et ordine prima facimus propter dignitatem; eo fit ut, dignitatis habita ratione, summum dicatur quod est primum, et vice versa primum quod intelligi volumus summum, quia ejusdem dignitatis est et præstantiæ; ut qui propter hanc statuitur summo loco, idem ordine procedendi anteeat cæteros. Unde in hominibus eos qui dignitate et gradu antecellunt, vocamus summos ex loco; atque eosdem ab ordine vocamus primos, non ut aliud intelligamus summorum appellatione quam primos, nec appellatione primorum quam summos. Sic Gnatho loquitur apud Terent.

In Eun. Act. 2. sc. 2.

*Est genus hominum qui esse primos se omnium rerum volunt.*

*primos*, id est summos; qua ratione summa opponuntur imis, id est prima postremis. Unde et quæ sunt prima dicuntur esse supra, quæ autem sequuntur, infra; illa superiora quæ priore loco præcesserunt; hæc inferiora quæ sequuntur. Plane isto sensu dicuntur in his omnibus quæ proposuimus, summæ divisiones, quæ non scriptura sunt primæ, sed dignitate et gradu primæ, ut et ordine præcedere debeant, ut sint hæ supra alias, cæteræ infra; ut quæ ex prioribus his pendeant. Denique summæ, quæ summo et maxime conspicuo loco poni debent; id est primo. Is est enim qui legentibus statim occurrit et ab omnibus maxime conspicitur. Atque hujus generis est ea divisio quæ hic proponitur. Docet enim id quod in omnibus actionibus est primum, et quo non posito, longius progredi non licet, nempe quis adversus quem consistat judicio; sine quo frustra deliberemus quid quantumque petatur; in quo versantur reliquæ divisiones. Recte ergo summa divisio, quæ ordine naturæ et necessario anteit reliquas, et quam ideo sequi debent reliquæ.

VI. *In duo genera diducitur.* Numerus divisionis initio observandus. Statuuntur enim hic, ut et in *L. actionum, de oblig. et act.* actionum genera hæc duo, in rem, et in personam: et duo tantum, non plura. Quorum utrumque vitiosum potest videri, nisi explicatur. Primum illud, quod placet genera hæc duo diversa esse, in rem et in personam; quasi quæ in rem est non sit in personam. Quod contra est. Omnis actio est in personam. Eoque unum genus actionis in personam, non duo, quorum unum non sit in personam; nam illæ ipsæ quæ dicuntur in rem, cum nisi adversus possessorem non sint, non sunt omnino nisi in personam. Denique nulla actio est nisi cum quo agitur, ut hoc ipso in loco traditur. Eum autem cum quo agitur, adversarium intelligimus, nec adversarius quisquam nisi is adversus quem agitur et consistitur judicio. Sed significatio horum verborum exposita rem expediet, de quo mox plura. Nunc satis ad id de quo quæritur, actionem in rem esse illam quidem in perso-

nam; at non ita *ut in personam* in hac divisione intelligi volumus. In personam enim dici cui persona sola ejus cum quo agitur, sine re quam habeat, locum facit; in rem contra, cui res possessa, utpote in qua res possessa verius convenitur, ac propter rem persona: sine re autem nulla ea actio est. Quæ aperte genera distincta esse apparet. Duo igitur, non unum. Sed quod statuuntur duo tantum, quale sit videamus. Et videri potest saltem hoc vitiose; dici enim hic non unum genus esse prætermissum, sed mixtas quasdam tam in rem quam in personam: et eam quæ dicitur in rem scripta, Quod metus caussa. Primum in §. *quædam, inf.* dicuntur quædam actiones mixtam caussam obtinere videri tam in rem quam in personam; hæ videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Quas si vere ita mixtas admittimus, tertium genus efficitur distinctum a prioribus; ut dici debuerit summam hanc divisionem quæ proponitur, in tria genera diduci, non duo tantum, ut hic scriptum est; nisi tamen defendimus cum multis duo hic tantum genera esse, nam tertium illud mixtum satis sub simplicibus contineri. Atqui si dicimus contineri, hoc ipso concedimus re vera tertium genus esse; nihil enim interest, ut sit, utrum dicamus id exprimi verbis, an non expressum vi ipsa contineri; quoniam non potest contineri alia re quod non est.

VII. Ac ne illud quidem verum est, duobus generibus simplicibus propositis satis mixtum comprehendi, ut potuerit omitti mixtum sine vitio. Non ita esse Justinianus clare ostendit hoc titulo in his ipsis divisionibus; non eo tantum quod de mixtis istis dixit separatim, sed etiam luculenter exemplo proposito in actionibus rei et pœnæ persecutoriis, quas cum in hæc duo genera divisisset, tertium genus nominatim in eandem divisionem adjecit, ut diceret quasdam esse mixtas, §. *sequens illa, infra.* Esset tutius admittentibus superiores illas actiones mixtas esse tam in rem quam in personam, fateri et hoc genus esse tertium in hac divisione prima, neque esse prætermissum a Justiniano, cum postea diserte id genus posuerit in *d.* §. *quædam.* Dicerent etiam non obstare quod hic scriptum est divisionem in duo genera diduci; non enim additur in duo tantum ut tertium excludatur; itaque in tria diduci re vera, sed in duo quæ ponantur hoc loco, et tertium quod positum sit in *d.* §. *quædam.* Id cum appareat ex sequentibus sensisse Justinianum, id sequendum esse; neque enim oportere verba captare ullius loci, sed qua mente quid diceretur animadvertere convenire, *L. pen. D. ad exh.* De mente autem si quæreretur, incivile esse, nisi tota tractatione perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere, *L. incivile D. de legi.* Sed nihil opus est in utroque horum laborare, ut vel in hac summa divisione tria genera actionum esse defendamus, vel duo tantum quibus recte contineantur mixtæ.

VIII. Hac disputatione opus est his qui admittunt superiores actiones mixtas esse tam in rem quam in personam. Non est necessaria, si quis neget esse mixtas; sed aut in personam tantum esse dicat, aut in rem tantum. Quæ nostra hic defensio est, eaque expedita. Vere ergo summa hæc divisio actionum duo tantum genera habet, ut aut in rem sint omnes, aut in personam; in quam sententiam conveniunt et hic locus et *L. actionum, de obl. et act.* Ne nos hic moveant superiores actiones; hæ enim in personam tantum sunt non etiam in rem, ut suo loco exponemus, id est in *d.* §. *quædam.* Nec verba ejus loci refragantur. Dicuntur enim illic mixtam caussam non obtinere, sed obtinere videri tam in rem quam in personam. Recte videri, quia id præ se ferunt; quam ob caussam et de his separatim monendum fuit; re autem vera non obtinent.

IX. Legimus præterea actionem Quod metus caussa in rem scriptam dici, *L. metum autem* 9. §. *ult. D. Quod met. caus.* Quod itidem mixtum quoddam novum genus actionis videri potest; dici enim potest nun esse in personam tantum, cum dicatur etiam in rem scripta. Rursum esse in personam traditur in §. *præterea inf.* Sed, cum esse in personam diserte scriptum sit in *eo* §. non dubitabimus quin ita sit in personam ut non sit in rem, cum hæc genera opponantur. Idque eo magis dicendum est, quod Justinianus ibidem ita scribat hanc actionem esse in personam, ut simul separet nominatim ab actionibus in rem de quibus prius dixerat. Quid est igitur quod dicitur scripta in rem? Id, quod in perpetuo usu veterum in hujusmodi orationibus animadvertere non est difficile, et est a multis eruditis viris cum hoc loco, tum alibi observatum; cum veteres dicunt actionem, pactionem, legem in rem scriptam aut conceptam esse, non hoc significari esse hæc quæ rem aut possessorem sequantur, quanquam hoc sit interdum; sed hoc exprimi, scripta ista esse et concepta generaliter et indistincte de re solum de qua agitur, sine designatione ullius personæ ad quam actio

nis. pactionis, legis verba dirigantur. De actione Quod metus caussa sic hoc verbi explicatur in *d. L. metum*, 9. §. 1. et §. *ult.* De pactione in *L. juris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* De lege et edicto in *L. hæc autem* §. *ult*, *D. quib. ex caus. in pos. eat.* Nec aliud significatur de interdictis, cum in *L.* 1. §. *ult. D. de interd.* ita scribitur: *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta vi tamen ipsa personalia esse.* Hoc enim est interdicta omnia adversus certam personam dirigi, eam videlicet cum qua interdicto agitur., etsi verbis generalibus sine expressione ullius personæ concepta sint; ut, in loco sacro facere inve eum immittere quid veto, *L.* 1. *D. ne quid in loc. sa.* Dicitur ergo actio Quod metus caussa in rem scripta, quia simpliciter proposita est edicto in quadruplum de re vi extorta, ni restituatur; nec adjicitur a quo metus sit adhibitus; ut intelligatur etiam si quis metum non intulit, si ad eum pervenit quod extortum est, cum eo agi posse ut, nisi restitnat, in quadruplum condemnetur, *d. L. metum*, 9. §. 1. *L. item si*, §. 1. et §. *in hac actione*, *D. quod met. caus.* Quod quidem non facit quominus sit tota in personam, nec quidquam cum actione in rem commune habeat. Hic enim nascitur actio non ex re possessa, sed ex delicto personæ; quæ si metum non intulit, at ab alio illatum probat, dum rem metu extortam metum passo non restituit; quod pro delicto a Prætore habetur, vis cœrcendæ caussa, et ejus quod metu gestum est rescindendi. Recta igitur hujus loci divisio in genera duo hic proposita, ut et duo sint distincta revera, nec plura quam hæc duo.

X. *Aut enim in rem sunt, aut in personam.* Ut prius numerus generum hujus divisionis revocabatur in dubium, sic nunc, generibus appellatis, unius generis significatio et res ipsa, nimirum actionis in rem. Nam de actione in personam non dubitatur quid vocemus in personam, et quam recte vocemus ex natura rei. Omnes enim intelligunt *in* particulam hic significare adversus, ut sit *in personam* idem quod adversus personam. Quod et ipsum definitione rei convenit; definitur enim esse actio qua cum eo agimus qui nobis est obligatus, et quæ semper adversus eum locum habeat, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* At de actione in rem utrumque vocatur in quæstionem, et quid significetur his verbis, et quam recte ulla dicatur in rem, aut etiam ab actione in personam distinguatur. Ac prius de significatione verbi constare oportet. Est autem hic dubitatio, ex eo quod non videtur convenire particulam *in* similiter hic accipi pro adversus: absurde enim dici ullam actionem esse adversus rem; cum ut supra dixi, nulla nobis sit lis aut esse possit cum re sed cum persona; nullum judicium adversus aliquem, nisi eum qui nobis adversetur; res autem non adversetur, sed persona. Denique, cum hæc ipsa actio dicatur in definitione esse non adversus rem, sed nominatim semper adversus rei possessorem; hoc autem æque in personam. Et si aliud commode significari posset, id sumeremus, ut in verbo ambiguo careret interpretatiu vitio, juxta præceptum *L. in ambigua*, *D. de legi.* sed aliud non potest. Animadverto quidem in bujusmodi orationibus particulam *in* sæpe aliter accipi a latinis et nostris, quam pro *adversus.* Interdum pro *ad*, ut cum dicunt actionem scriptam esse in rem, pactionem esse in rem. Ubi intelligitur, ut dixi, actionem et pactionem verbis legis aut paciscentium relatam esse ad rem solum, non ad personam, *L.* 9. §. *metum*, et §. *ult. D. Quod. met. caus. L. juris gentium*, §. *pactorum*, *D. de pact.* Nonnunquam pro *juxta* et *secundum*, ut cum dicitur actio esse in factum, *L. actionum*, §. 1. *D. de ob. et act. L.* 1. *L. quia D. de præs. verb.* ubi intelligendum est actionem dari non adversus factum (ut enim scripsi in commentario De prescriptis verbis, omnis actio in personam ex facto est adversus personam, non adversus factum; alioqui etiam omnes actiones ex maleficio sint in factum) sed juxta, seu secundum id quod factum est conceptam et compositam actionem. Potest etiam intelligi actio constans verbis ad id quod factum est collatis; sed nihil horum in actione in rem licet intelligere. Non enim magis hæc confertur ad rem certam consequendam, quam in personam actio; nec magis juxta rem de qua agitur instituitur illa quam altera: communia hæc utriusque actionis. Quapropter non relinquitur aliud quam ut particulam *in* accipiamus in utraque actione pro *adversus*, sitque hic divisionis sensus, omnes actiones aut adversus rem esse, aut adversus personam. Et certe, nisi hæc particula idem in utroque genere significat, non recte genera significat, non recte genera inter se tanquam contraria opponuntur, fitque maxime vitiosa divisio, quæ potest hoc modo ad unum genus revocari. Nam, admissa diversa hujus particulæ significatione, nihil prohibet quominus utraque in uno et eodem genere locum habeat. Exempli gratia, ex empto actio erit in personam venditoris, quia est adversus venditorem; eadem tamen in rem, id est secundum aut ad rem venditam quæ p.titur;

ut sit eadem et in rem et in personam, si diversas has significationes in his appellationibus recipimus. Quod est maxime contra sententiam divisionis quæ duo genera statuit, vel potius est ejusmodi quod divisionem evertat, sublato uno genere sine quo divisio esse non potuit. Constet hoc igitur, divisionis sensum hunc esse, omnes actiones aut adversus rem esse aut adversus personam. Hoc de verbis. At ex eo incipit dubitatio major de re ipsa. Sic enim de actione in rem duo hæc statuuntur in hac divisione; primum esse hanc adversus rem petitam: deinde ita in rem ut non sit in personam; quorum utrumque et natura omnis judicii et definitione hujus actionis refelli videtur. Omnis actio et omne judicium est inter aliquos, non inter unum aliquem et rem ipsam quæ petitur, ut initio hujus §. scriptum est. Omnis actio cum eo cum quo agitur, non cum re de qua agitur, ut postea eodem hoc §. expressum est; estque utrumque notius quam ut probatione indigeat; quid enim a re petamus ut præstet, quæ nihil intelligit nec potest præstare? Quæ potest nobis esse contentio cum re quæ neque litigat neque nobis adversatur, utpote nihil intelligens et muta? Postremo, ut dixi in *L. actionum de ob. et act.* describitur in rem actio ita, ut dicatur semper esse adversus possessorem. Non ergo adversus rem, quæ est adversus possessorem; et quia adversus possessorem, semper utique in personam, nimirum possessoris.

XI. Sed nihil ex superiore interpretatione in re ipsa non recte, nihil adversus legem rectæ divisionis. Ac primum sciamus nihil dici absurde, cum dicimus actionem in rem esse adversus rem quæ possidetur. Quia hoc dicitur maxime ex sensu et usu veterum, qui in actionibus quæ sequuntur rem aliquam et propter rei possessionem dantur, dicunt res ipsas non personas conveniri: sic enim de hoc genere scriptum legimus diserte in *L. Imperatores, D. de public.* Et quid est quæso conveniri aliquem aliqua actione, nisi actionem adversus eum dari? *L. 1. D. de ed. L. si fideiussor, D. mand.* Conveniri igitur rem qui dicit, hoc ipsum dicit actionem in eam rem seu adversus eam rem dari. At ante probavimus non posse cum re petita aut adversus rem ullam actionem consistere, frustraque et inepte rem conveniri ut quid præstet, quæ nec audire nec intelligere quod petitur, nec præstare potest. Ita est: non potest adversus rem esse actio natura; possessorem ipsum conveniri natura oportet, eoque et actio in rem esse dicitur adversus possessorem. Sed juris interpretatione in hac actione cum re agi intelligitur, cum agitur cum possessore. Est enim actio adversus possessorem, sed propter rem quam possidet et defendit; ut in possessoris persona magis intelligatur res conveniri quæ huic conventioni caussam et originem dedit. At certe quia hoc modo in rem actio possessorem semper desiderat, adversus quem agatur exerceaturque hæc conventio; ideo hactenus verum est semper esse in personam, quia semper adversus personam possessoris. Negari id non potest; sed non æstimatur, quia accidit per consequentiam rei possessæ, non principaliter. Nos autem ex eo quod fit principaliter, res æstimamus, non ex eo quod per consequentiam; ex caussa et origine, non ex eo quod inde sequitur, *L. 1. D. de auct. tut. L. si procuratorem, §. in pr. D. man.* Atque id ita fieri in hac actione ex eo potest intelligi, quod alibi dicitur vindicationem quæ in rem actio est rem sequi non personam obligare, *L. ult. C. si un. ex plu. ser. cer.* Atqui sequitur possessorem, alioqui non diceretur adversus possorem esse; sed sequitur propter rem, hanc autem principaliter; ideo magis hanc sequi dicitur quam personam. Id autem natura actionis declarat: nam si quis rem nostram possidet, tenetur nobis actione in rem, sed tamdiu quandiu possidet. Quod si sine dolo malo desierit possidere, jam amplius non tenetur; ut appareat quod possessor tenetur, caussam esse in re possessa non in persona; cum possessoris eadem persona futura sit, etsi possidere desierit; de quo mox in descriptione hujus actionis.

XII. Non sic actio in personam; quæ ita est adversus personam obligati, ut sit propter personam ipsam quia talis, est id est quia obligata est; non propter rem quæ debetur: hanc enim sive habet qui obligatus est, sive non habet, utrobique pariter tenetur, et solus, non alius ad quem forte res debita postea pervenerit. Sit exempli gratia venditor qui mihi vendiderit ædes. Hinc mihi actio ex empto ut ædes tradat, *L. ex empto, D. de act. em.* actio in personam quia ex contractu, ut mox definitur. Sic ille hac actione mihi tenetur, sive ædes habeat sive non habeat, sive possideat sive non possideat; quia non ideo tenetur quod ædes habet, sed quia est obligatus ad tradendum, quæ obligatio est in persona; eadem semper futura etsi rem non habuerit. Et ut certius liqueat hanc actionem personam obligati non egredi, rem non sequi; si venditor eas ædes vendiderit alii postea et tradiderit, novus possessor mihi de ea re non tenetur, quia mihi obligatus non est; solus tenetur qui mihi vendidit,

Quia mihi fuit obligatus, *L. quoties, C. de rei vind.* Hoc modo, cum non sit in personam ea quæ in rem dicitur; recte hæc genera statuuntur duo et ita distinguuntur, ut vere dicatur actio in rem non esse in personam, ut nunc in personam intelligi volumus.

XIII. *Namque agit unusquisque.* Descriptio est actionis in personam, qua exprimitur hujus ipsius actionis definitio, ea quæ traditur in *L. actionum, D. de ob. et act.* ut sit actio in personam, qua cum eo agimus qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eum locum habet; definitio declarans et cui detur hæc actio, et adversus quem, et in universum quid petat. Datur ei qui alium obligatum habet. Datur in eum qui obligatus est. Petit quod nobis ex obligatione dandum aut faciendum est; in summa quod nobis debetur. Unde illa intentio et formula vetus hujus actionis propria: Si paret Mævium Titio dare facere oportere: quæ indicatur in §. *sic itaque. inf.* et ad quam allusum videtur hoc loco. Ex his intelligitur unicam hujus actionis caussam esse obligationem inter quos ea intercedit; caussam ita constitutam, ut adversus omnem qui jure civili obligatus est, sit in personam actio, de qua constat *L. naturales, D. de ob. et act. L. licet, §. ea obligatio, D. de proc.* et contra si quis obligatus non est, non sit adversus eum actio in personam. Alioqui non semper esset adversus eum qui nobis obligatus est, contra quam traditur in *d. L. actionum.*

XIV. Sed hoc posterius dubium facit actio ad exhibendum; quam certum est non dari adversus eum qui nobis sit obligatus, cum sit adversus eum qui possidet aut dolo desiit possidere; quem constat nihil fecisse eorum ex quibus obligatio oritur, et tamen dicitur ab Ulpiano actio esse personalis. *L. 3. §. est autem, D. ad exhib.* Nos teneamus ex suprascripta definitione et caussa, ut actio ad exhibendum non est adversus eum qui nobis sit obligatus; ita nec esse actionem in personam. Quid ergo? in rem videlicet, ut quæ rem sequatur, et propter rem, ejus rei possessorem; quæ est certa et perpetua actionis in rem nota, *d. L. actionum, de obl. et act. L. ult. C. si unus ex plur. ser. cred. L. unic. C. de al. jud. mu. caus. fac.* Esse autem adversus eum, qui possidet, aut dolo malo desiit possidere, ut rei vindicationem, certi juris est. *L. 3. L. 5. §. idem, Julianus, L. thesaurus,* in princ. *D. ad exhib.* At enim personalis est, inquit Ulpianus. Observandum est actionem in personam dici quidem interdum personalem, ut in *L. quamvis, 8. distractis, C. de pig. L. ult. C. de obl. et act.* sed hoc vix usquam alibi, aut si usquam, certe raro et inusitate. Sic autem solere loqui veteres in usu juris, ut actiones in personam dicant, quæ sunt adversus personam. Personale autem id quod personæ cohæret, ut constitutiones personales, beneficium personale, servitutem personalem, *L. 1. de const. prin. L. quia, D. sol. mat. L. non solum, §. tale, D. de lib. leg.* Talis est actio ad exhibendum, quæ ei cujus interest rem exhiberi competens, et competens adversus eum qui possidet, horum personæ plane cohæret, nec ad heredes aut in heredes transit. Nam heres actoris non quasi heres, sed suo nomine, si quid ejus intersit, hac actione uti potest. Et heres possessoris non nisi suo nomine tenetur, si vel possidet vel dolo fecit quo minus possideret. *L. de eo, §. ult. D. ad exh.* Quo minus autem dubitetur hoc a nohis ita recte dici, faciet *L. his solis, C. de revoc. don.* ubi isto ipso modo actio quæ matri datur adversus ingratos liberos ad revocandam donationem, dicitur personalis actio tantum hoc nomine, quod vindicationis habeat effectum; et adjicitur explicatio cur vindicatio aut quæ hujus vim habet sit personalis, quia ita sit actio, ut nec in heredem detur, nec tribuatur heredi. Quod plane in actione ad exhibendum accidit, ut merito eodem isto sensu dicatur personalis. Hoc quidem melius est ita accipi quam dici esse actionem in personam, adversus superiorem definitionem et juris certi regulas. Est ergo, ut eo redeam, una actionis in personam causa, obligatio. Ex quo, ad constituendam hanc actionem adversus aliquem, ante omnia et solum quærendum est quis sit nobis obligatus. Id breviter attingit Justinianus, et indicat ex causis obligationis. Hæ sunt quatuor. Oritur enim omnis obligatio aut ex contractu, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio, ut plenius traditur in §. *ult. de obl. supra.* Id autem est quod hic intelligi voluit, cum ait hac actione agi cum eo qui obligatus est vel ex contractu, vel ex maleficio, et addit in extremo *et aliis quibusdam modis*, his verbis notans superiores obligationum causas, et per alios quosdam modos id exprimens quod Cajus in *L. 1.* in princ. *D. de obl. et act.* præter contractum et maleficium, scribit obligationes nasci *proprio quodam jure ex variis causarum figuris.* Eas autem causas et modos ipse superiore illo loco interpretatur, quasi contractus, et quasi maleficia.

Nec contextus ullo modo refragatur quo minus ita interpretemur hæc verba *et aliis quibusdam modis*. Aut enim conjungenda sunt cum illis verbis: vel ex contractu, vel ex maleficio; et quæ interposita sunt, legenda per parenthesin (quo casu proditæ sunt actiones in personam, per quas quis intendit adversarium ei dare aut facere oportere) ut intelligamus, non solum hoc casu utroque superiore proditas esse actiones in personam, sed et aliis quibusdam modis obligationum contrahendarum, seu ex quibus quis nobis obligatur; aut uno contextu proximis sunt annectenda. Sunt qui proxime præcedentibus connectentes, referant ad eum qui intendit, et ita interpretentur: per quas intendit hoc modo adversarium nimirum sibi dare aut facere oportere, et intendit aliis quibusdam modis, inter quos et Theophilus auctor videri potest: neque enim satis diserte de eo loquitur. Quod mihi hoc loco non videtur defendi posse.

XV. Aut enim hi alii modi agendi actione in personam nulli sunt, aut unus tantum, aut certe sunt infiniti; eoque nunquam alii quidam, ut hic scriptum est. Etenim, aut volumus Justinianum superioribus verbis solum indicasse intentionem actionis propriam extra formulam, aut exprimere voluisse veterem formulam agendi. Si intentionem tantum actioni convenientem, ut verba ostendunt: non potest dici aliis modis agi aut intendi in actionibus in personam, immo ne alio quidem modo, licet uno; quoniam in hoc genere nunquam quisquam alia intentione utitur, quam ut petat eodem modo quo obligatione comprehensum est, §. *huic autem*, vers. *qua de causa*, *infra eod.* proinde ut quid fiat aut detur; in quibus omnium obligationum substantia consistit, *L.* 3. *D. de obl. et act.* Quod si volumus verba de vetere formula accipienda esse; primum verba id non significant, cum vetus formula actionis hæc fuerit: Si paret illum dare facere oportere: de quo in §. *sic itaque. inf. eod.* quibus nunc Justinianus non utitur. Deinde, etsi præcessisset formula vetus, tamen ne sic quidem recte dici posset intendi et aliis quibusdam modis, ut significaretur agendi modus quem illi volunt, a Constantino et Theodosio inductus, ut sublatis actionum formulis et impetrationibus, satis esset ad rectam intentionem, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit, *L.* 1. *L.* 2. *C. de for. et imp. act. sub.* Nam si aptitudinem et convenientiam agendi spectamus, hic modus unus est; una enim aptitudo et convenientia exigitur in omnibus. Sin spectamus negotia singula, et pro singulorum natura modos agendi finglmus; modi alii agendi sunt infiniti ita ut dixi, nunquam alii quidam modi ut hic scriptum est. Teneamus igitur alios modos hic accipi debere, non modos agendi aut intendendi in actione in personam; sed aut obligandi, aut ex quibus agitur et proditæ sunt actiones. De posteriore hac sententia non dubitator quin per se verissima sit et certi juris: cum autem verba optime conveniat, nihil est quod ei sententiæ possit obstare. Prior illa aut falsa est, aut certe parum liquet.

XVI. *Aut cum eo agit.* Descriptio est actionis in rem, qua adjuncto exemplo rursum exprimitur actionis ea definitio quæ traditur in *d. L. actionum*, *D. de obl. et act.* ut sit actio in rem ea per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum est qui rem possidet. Ex qua intelligimus eadem illa, et cui detur, et adversus quem, et in summa quid petat. De quibus, quia justæ incidunt dubitationes nonnullæ, cum ex re tum maxime ex hoc loco, dicam breviter de singulis eodem ordine, sic tamen ut omnia potissimum accommodentur ad explicationem hujus loci cui serviunt. Ergo cum quæritur cui et adversus quem competat in rem actio: animadvertendum est, ut in actione in personam, id statui ex caussa ex qua hæc quoque actio constituta est, sed in caussis hoc inter hanc actionem et superiorem interesse, quod actionis in personam una caussa est communis, obligatio; actionis autem in rem caussæ duæ quas concurrere oporteat ad agendum; unam in persona agentis, dominium; alteram in persona ejus cum quo agitur, possessionem. In persona agentis est ut qui agit, rem suam esse affirmet, ut hic scriptum est; ut autem comprehensum est superiore definitione, ut petat rem suam: in summa, ut rei petitæ sit dominus et se talem esse intendat; id enim est quod alibi dicitur, in rem actionem competere ei qui aut jure gentium aut jure civili dominium acquisivit, *L. in rem*, *D. de rei vind.* Cæterum, dum quis petat rem suam; et hic et superioribus locis expressum est sufficere ad jus agentis. ut sit in rem actio; ut efficiatur actionem in rem non alii dari quam domino seu rem suam petenti; et retro omni qui rem suam petat, hanc actionem competere. Utrumque quatenus verum sit videamus.

XVII. Et prius illud quo exigimus ut res sit actoris, de quibus actionibus acci-

piendum sit, paolo post declarat Justinianus in §. *sed istæ:* docet autem ad actiones in rem civiles tantum pertinere; alias enim esse prætorias et ipsas in rem, ea que complures, quæ aliis proditæ sint quam rem suam vindicantibus, de quibus suo loco. Unde intelligemus etiam illud quod generaliter dictum videtur, in rem actionem competere ei qui aliquo jure dominium acquisivit, de hoc genere actionum in rem civilium dictum esse. Nec mirum, si hic nihil adjectum est discretionis causa. Nam hæ solæ proprie sunt in rem actiones, quæ sunt civiles, quippe directæ; prætoriæ autem magis utiles, ut dicetur ad §. *namque, infra.* Alterum autem illud quo actionem in rem damus omni qui rem suam petit, ex definitione superiore perpetuum est: ex boc loco incidit in quæstionem. Scribit enim Justinianus in rem actionem esse, veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet: de re corporali loquitur. Quid ergo? Si quis rem incorporalem suam petat, veluti servitutem jure sibi constitutam, in rem actio non erit? Immo erit, quamcumque rem suam quis petat.

XVIII. Ac de rebus incorporalibus, puta servitutibus, etiam actionem in rem esse diserte scriptum est in §. *æque,* seq. Quod si de his in rem actio, etiam vindicatio; cum omnis in rem actio, vindicatio appelletur, §. *appellamus, infr. d. L. actionum, de obl. et act.* quanquam quid opus est verbis, cum tot locis diserte dicantur servitutes vindicari? *ut tit. si servit. vindic. L.* 2. §. 1. *eod. tit. L. pen.* §. 1. *D. si ususf. pet.* Hoc eo dicimus, quod Accursius hoc loco exponens cur Justinianus dixerit rem corporalem, hanc rationem reddit, quod incorporalia non vindicentur; idque probat scilicet exemplo peculii, cujus vindicationem non esse traditur in *L. vindicatio, D. de rei vind.* Nos contra sciamus ex his quæ diximus, et de rebus incorporalibus nostris æque actionem in rem esse, et quod idem est, vindicationem. Ad quod negandum non recte motus est peculii exemplo.

XIX. *Vindicatio,* inquit Julianus, *non ut gregis ita et peculii recepta est; sed res singulas is cui legatum peculium est, petet,* d. *L. vindicatio.* Non utique quia peculium sit res incorporalis; fieri enim potest ut omnia quæ sunt in peculio sint corporalia; sed eo omnino, quod rei vindicatio non est nisi de una re, et certa, eaque nostra, *L. si in rem, D. de rei vind.* aut ita de pluribus diversis, ut omnes junctæ uni corpori ex pluribus distantibus constanti sint subjectæ, ut si grex petatur, *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *D. eod.* Peculium non est hujusmodi; cum enim in peculio res omnes esse possint, mobiles et immobiles, et nomina, *L. quam Tuberonis,* §. *ult. D. de pec.* ex rebus tam inter se dissimilibus corpus unum confici non potest. Et ut posset, non tamen ejusmodi in quo omnes partes ejus corporis possint esse nostræ, et eodem jure contineri; cum possint aliæ res esse servi, quatenus peculium dicitur patrimonium servi, §. *actiones autem, infra eod.* aliæ illi pignoratæ, aliæ commodatæ, aliæ in nominibus: quæ cum omnes tam vario jure habeantur, omnino singulas propria actione peti necesse est. Quid est ergo, quod Justinianus hic rem corporalem nominavit? Dici poterat eum exempli loco nominasse; ait enim: veluti si rem corporalem possideat quis. Sed verius est eum consulto posuisse, quo corporales res ab incorporalibus distingueret; de incorporalibus enim subjicit postea in §. *æque,* verum non ita, ut de incorporalibus rebus negaret esse actionem in rem, quam postea tam diserte statuit; sed quia, ut apparet, hoc illi propositum erat de actionibus in rem quæ de rebus corporalibus competant prius dicere, deinde separatim de actionibus rerum incorporalium. Cui ordini instituto serviens, prius nominat res corporales ut prius de his dicturus, ex quo deinde perveniat ad incorporales. Ad ordinem igitur institutum scribendi, non ad res in hoc genere distinguendas hæc adjectio pertinet. At supra retulimus hanc definitionem ex *L. in rem, D. de rei vind.* in rem actionem competere ei qui rei dominium acquisivit. Quid ergo, dominium servitutis dicitur? Sane vero dicitur a veteribus, ut *L.* 3. *D. si ususf. pet. L. semper,* §. *hoc interdicto, D. quod vi aut clam.* Non quidem proprie; sed nihil vetat ut in his, quatenus illis utimur, possessionem et traditionem dicimus exemplo rerum corporalium, *L. ult. D. de serv.* sic et in iisdem, quatenus nostræ sunt, eodem exemplo dominium intelligi. Certe æque jure civili nostræ sunt, atque res corporales quæ sunt dominii nostri: absurdum igitur et de his eandem actionem civilem non dari.

XX. In persona ejus cum quo in rem agitur, hoc spectatur ut rem possideat; atque adeo dicitur hæc actio semper adversus eum esse qui rem possideat. *d. L. actionum, de obl. et act.* Unde intelligendum est quod hic proponitur quis rem possidere, non exempli tantum causa dictum esse, etsi Justinianus utitur particula *veluti* ad id proponendum; sed ita additum, quia ad potestatem

hac actione agendi necessario pertinebat. Quod dicitur in rem actio esse adversus eum qui possidet, manifestam sententiam habet ut hac actione teneatur omnis, velit nolit, qui possidet, *L. 1. C. ubi in rem actio.* Quod dicitur esse semper, hoc amplius significat non esse adversus alios; et si quis non possidet, eum hac actione non teneri: nam si aliquando posset esse adversus alium, verum non esset semper eam esse adversus possessorem. Hinc illud præceptum *L. officium* in pr. *D. de rei vind.* officium judicis esse in hac actione, ut inspiciat an reus possideat. Verum utrumque: sed quatenus verum, cautione indiget.

XXI. Positum est autem in eo, ut sciatur quem hic possessorem accipere debeamus. Et sciendum est in eo proprietate verbi nos non uti, sed paulo latius quosdam hoc verbo contineri, etiam qui vere possessores non sint. Proprie is solus possidere dicitur in usu juris, qui rem affectu dominantis tenet, ut Theophilus recte definit in §. *idem placet, supra, per quas pers. nob. acq.* Quod, partibus definitionis ex jure certo petitis, fiet certius. Nempe hoc declarat definitio, ad possessionem duas has res esse necessarias, detentionem rei, et rem pro dominio habendi affectum. Recte utrumque. Nam si quis rem tenet, sive is nunquam tenuit, sive cum cœpisset tenere et possidere, amisit possessionem, certum est hunc non possidere, *L.* 3. in pr. §. *Neratius*, §. *Nerva, D. de acq. pos.* Sed etsi quis rem tenet justa ex caussa, non tamen ut suam sed ut alienam, non possidet; ut fructuarius, *d.* §. *idem placet*, ut colonus, *L. non solum*, §. 1. in fin. *D. de usuc.* Quare si proprietatem verbi et veritatem rei hic sequimur, nec qui rem tenent, non etiam possident, hac actione tenentur; et multo minus qui, cum tenuissent, amiserunt rei detentionem, etiam si prius vere et civiliter possedissent. Quorum utrumque secus est. Hoc est igitur quod hic de verbo possessoris præcipiendum est, hoc verbo in hac actione quatuor genera reorum contineri, adversus quos jure sit in rem actio. Primum veros illos possessores qui rem affectu domini possident; quod dubitationem non habet, cum proprie dicantur possessores: unde sæpe quod possessoribus rerum lege tribuitur, ita istis tribuitur ut, cum aliis denegetur omnibus alienas res quanvis juste tenentibus, tamen in veris istis semper locum habeat, ut in usucapione quæ tribuitur recte possidenti. *d.* §. *idem placet, supra per quas pers.* ut remissione satisdationis judicio sisti, quæ data est olim rerum immobilium possessoribus, *L. sciendum, D. de qui sat. cog.* Nec interest utrum quis ex his possessoribus rem possideat animo et corpore, an vero animo dumtaxat; ut fit, cum aut possidet per alios, aut corpore digressus a fundo possessionem animo retinet; utroque enim modo pariter jure possidet, §. *possidere, infra de interd.* sed et habet restituendi facultatem qui reversus, nisi vi prohibeatur, potest corpore recipere possessionem quam restituat, *L. clam*, in fin. *L. si id quod.* §. *quod autem, D. de acq. pos.* Hæc autem facultas restituendi in hoc judicio solum quæritur, ut dicetur in in petitione hujus actionis. Atque hinc etiam acceptum secundum genus possessorum. Placuit enim possessorem hic intelligi omnem qui tenet; ut quisquis tenet, quia habeat restituendi facultatem, ab eo res peti possit, puta, ab eo apud quem res deposita est vel commodata, et similibus. Sic enim affirmative legitur Pandect. Flor. in *L. officium*, in fin. *de rei vind.* Et recte. Id enim contextui convenit. Prius relata erat sententia Pegasi ex proprietate verbi id negantis. Ulpianus per adversativam affirmat. Efficitur autem perspicua ratione. Nam si verus possessor qui plus juris habeat ad rem tenendam, tamen vindicatione tenetur; multo certe æquius est teneri eum qui minus juris habet ad eam detentionem. In re quidem dubia verbis legis standum est, nec a significatione, id est proprietate recedendum. Sed in re dubia, inquam, non etiam eum manifestum est aliud sensisse scriptorem, *L.* 1. §. *licet*, versic. *in re, D. de exercit. L. non aliter, D. de leg.* 3. Manifestum est autem, cum lex actionem in rem dat adversus possessorem, eam de eo qui tenet sentire, quoniam dat in hoc, ut rem restituat; quæ facultas non minus in eo est qui rem tenet, æquitas autem ad eum ad restitutionem cogendum major. Unde evaniet ut sæpe qui agit, idem et dominus sit, et vere possideat; et tamen nihilominus recte agat adversus eum qui tenet solum, et habet restituendi facultatem; ut cum dominus rem vindicat a colono, de quo postea ad illa verba *Ei vero qui possidet.* Hoc amplius, et qui omnino rem non tenent nec animo nec corpore hoc verbo continentur, si cum prius possiderent, dolo desierint possidere. Tenentur et hi in rem actione non minus. *L. qui petitorio, D. de rei vind. L. nec ullam*, §. *pen. D. de ser. pet.* At diximus hanc actionem semper adversus eum esse qui rem possideat, *d. L. actionum, de obl. et act.* Constat autem eum qui possidere desiit, amplius

non possidere, quantumvis desierit dolo. Et non possidet hic quidem re vera, seu natura; sed possidet juris interpretatione. Sic enim jus dolum accipit in omnibus caussis, ut sit dolus pro possessore: ut qui dolo desit possidere, pro possessore habeatur, *L. qui dolo, L. parem, D. de reg. jur.* Hac ipsa de caussa placet et eum teneri rei vindicatione, qui cum non possideret, nec dolo fecisset quo minus possideret sic tamen se obtulit rei defensioni quasi possideret, cum actor ignoraret, et in hoc errore actoris litem cum eo contestatus est, *L. si quis se* et *L. seq. D. de rei vind.* Quippe et hic pro possessore; decepit enim actorem, quae ratio redditur in *d. L. is qui se;* pro possessore autem dolus est ex regula juris superiore, *L. qui dolo, D. de reg. jur.* Sunt ergo hi in numero possessorum quos sub hac appellatione actione in rem teneri volumus. Quod si qui sint, qui neque rem teneant neque dolo desierint tenere, possidere, nec se dolo ut possessores liti obtulerint, hi utique hac actione non tenebuntur, *d. L. qui petitorio, de rei vind.* Quæ si ita sunt, apparet hanc actionem ex possessione nasci, si quæritur de eo cum quo agitur.

XXII. Itaque recte scriptum est in *L. unic. C. de ali. jud. mut. cau. fac.* possessionem parere in rem actionem adversario. Non enim aliud est parere actionem alicui, quam efficere ut ille actionem habeat: id quod præstat in hac actione possessio ejus qui cum agitur, quæ facit ut adversarius ejus, id est actor possit adversus eum hac actione experiri. Apparet hinc etiam vere dici hujus actionis hac parte caussam esse possessionem. Ea enim caussa est efficiens cujusque actionis, qua posita, sequitur actio: detracta, actio desinit. Quod hic accidit ex possessione; hac enim posita, tenetur reus qui rem nostram possidet. Simul atque desiit possidere, si quidem sine dolo, amplius non tenetur.

XXIII. Atque hoc rursum si ita est, intelligitur quam vere hoc dictum sit a Justiniano hac actione agi cum eo qui nullo jure nobis obligatus est. Efficitur enim ex superiore. Nam, si possessor rei nostræ ob possessionem solum nobis tenetur; hac sine dolo amissa, sua sponte desinit teneri, ut dixi. Non ergo ante possessionem quidem fuit obligatus, alioqui non liberaretur ullo facto suo, nisi rei possessæ restitutione. Is enim obligatus intelligitur qui vinculo juris ita obstrictus est ad aliquid præstandum, ut non liberetur nisi rei debitæ et ad quam tenebatur solutione, ut est definitio obligationis *de obl.* in princ. *supra.* Aliud est igitur teneri, aliud obligatum esse. Quisquis obligatus est tenetur actione. At non quisquis tenetur aliqua actione, idem est obligatus; *ut teneri* generis nomen sit, *obligatum esse* speciei. Is potest teneri actione qui tamen facto suo liberari potest, ut possessor rei vindicatione qua prius tenebatur, si possessionem sine dolo malo suo amiserit; ut pater aut dominus actione de peculio, si quid in peculio sine dolo malo habere desinat, *L. summa, D. de pecul.* Quæ res ostendit, ita ob præsentem possessionem istos aliquando cœpisse teneri, ut tamen propter eam non fuerint obligati. Non obligatur quisquam, nisi qui ita tenetur ut, ex quo teneri cœpit ad aliquid præstandum, non possit ullo facto suo, quamvis minime fraudulento, eam præstationem evitare.

XXIV. Petitio hujus actionis propria quæ sit, indicat superior illa definitio actionis in rem: per hanc, inquit Ulpianus, rem nostram petimus, *d. L. actionum, D. de obl. et act.* Ita prius actor rem suam esse intendit quæ ab alio possidetur, unde intentio hujus loci: quam Titius suam esse affirmet; sic deinde eam rem petit. Petere rem suam non est petere ut res nostra nobis detur; quod enim nostrum est amplius nostrum fieri, eoque et nobis dari amplius non potest, *§. sic itaque, infra eod.* sed est petere ut res nostra nobis restituatur. Hinc officium judicis in hac actione ad hanc intentionem et petitionem accommodatum, quod constat his partibus, si quidem intentio vera est. Primum de dominio pronuntiat; et rem petitam non facit ejus qui egit, quoniam ante fuit ejus; sed ejus esse sententia sua declarat, *L. ex diverso, §. 1. de rei vind. L. sicut, §. sed si quæritur, D. si ser. vind.* Secundo loco jubet rem restitui cum fructibus omnique caussa, *L. officium, L. ex diverso, §. 1. L. prœterea, D. de rei vind.* Estque hic jussus non tam sententia quam arbitrium judicis, et velut interlocutio quam deinde sententia sequatur. Nam si restituere jussus judici non paret; hic demum tertio loco sequitur illa sententia judicis, qua condemnatur reus quanti ea res erit jurejurando actoris æstimata, si quidem dolo malo ejus factum est quominus restitueret: aut si sine dolo ejus, quanti vere res est, quanti actoris interfuit, *L. qui restituere, D. de rei vind.* de quo plura postea ad *§. prœterea, infra.*

XXV. *Possessor autem dominum ejus se esse dicat.* De actione in rem, eoque et de actore ejus actionis superiora, uti de actione nunc solum agitur. De defensione tamen possessoris interseritur obiter hæc particula quæ, quia incertum facit an hujusmodi aliquid

pro natura actionis dicere possessor debeat, paucis attingenda est. Teneamus vero id quod omnes concedunt, exceptis quibusdam qui magno conatu in re aperta litem movent: teneamus hoc, inquam, ad defendendam sibi rei petitæ possessionem non esse necesse possessori contra (2) vindicare seu dicere dominum se esse ejus rei quæ petitur: satis est negare rem esse actoris, idque sive actor non probet rem suam esse, sive probet. Actore quidem non probante, jus certum est reum, quamvis nihil ipse præstiterit, obtinere, id est non cogi possessorem rem restituere, atque ita in suo loco manere possessionem. *L. qui accusare, C. de eden. L. ult. C. de rei vind. §. commodum, infra de interd.* Hoc, inquam, etsi reus nihil præstiterit, ut est in *d. L. qui accusare, C. de eden.* Ergo, etsi nulla defensione sit usus, ut se magis dominum esse diceret: hoc enim facere aliquid præstare est. Ergo, etsi dixerit, tamen ejus rei probationem nullam implere cogitur. Et quid attinet exigere a reo ut dicat quod non cogitur probare, et quo non probato, nihilominus obtineat? sic enim nihil profuerit actori reum id dixisse. Nunc autem actoris caussa id exigitur, si exigatur ne reus, absque eo ut superius illud dicat, absolvatur. Sed hoc facilius quis admittit, si actor non probet se esse dominum. At quid si probet rem suam fuisse, puta, se recte emisse ab eo a quo oportet, et sibi traditam esse; possessor autem, hac probatione cognita, probare velit se postea usucapione dominum esse factum? An non saltem in hunc casum necesse est, initio litis contestatum esse hanc defensionem, ut se potius dominum esse affirmet? Movet quod, cum actor intentionem suam probavit, admittitur quidem contraria rei defensio; sed hac lege, si ejus defensionis habita sit initio litis contestatio, *L. præscriptionem, L. si quidem, C. de exc.* Et ne in eum quidem eventum necesse est possessori (3) initio dicere se contra esse dominum; non quod non debeat deduci in judicium et litis contestationem ea defensio qua postea reus uti velit, sed quod satis superiore inficiatione contineatur ea qua se dominum esse dicit. Nam qui actorem negat esse dominum, idem affirmat eum dominum non

(2) Consentit Hot. *ad* §. 1. *I. de act. sub fin. et* Mudæ. *ibidem.* versic. *vel cum eo agit, n.* 60. qui antiquarum formularum reliquias latere in *d.* §. 1. scribunt, sed posteriores Jurisconsultos defensionem in sola negatione posuisse, atque hoc esse, commodum possessionis. Plane antiquitus, si reus non contradiceret aut contravindicaret, tanquam ex cessione in jure facta, Prætor continuo secundum petitorem vindicias dabat eique rem addicebat ita: Quando neque ais neque negas, illum fundum præsenti et vindicanti addico, Valer. Prob. *in notis* Hortens. ad *d.* §. 1. Cont. 1. *Disput.* 12. Broidæ. *Supplem. ad Hist. fori Polletti Lib.* 5. *Cap.* 4. Obrecht. *de Concip. libell. Cap.* 8. *n.* 11. Quo respiciebat illa formula: Quando te in jure conspicio, postuto anne fias auctor, id est an periculum judicii recipias, Hot. 7. *Obs.* 5. Probatio tamen contravindicanti nulla incumbebat, nisi actoris intentione prius impleta, Cont. *d. loc.* Hodie autem satis est si neget rem actoris esse 1.° per *L. ult. C. hoc t. L.* 42. *de pet. her. L.* 2. *L.* 23. *Cod. de probat.* Hortens. Hot. et Mudæ. *dd. locis.* Quod et pluribus contra Contium *d. C.* 12. adstruit Wesenb. *ad hunc tit. C. n.* 54. 2.° Quia nec titulum possessionis dicere cogitur reus, *L.* 11. *C. de probat.* Ergo nec dominium allegare. Fallitur que Contius, dum scribit absolvi possessorem non etsi nihil dicat, nulla defensione utatur, sed etsi nihil præstet, id est probet. Aliud esse, verbotenus, contra vindicare; aliud probationes dominii exhibere. Nam *d. L.* 11. probat nec dicere vel allegare eum cogi. Wes. *d. loc.* et *L. ult. C. h. tit.* absolvi quoque eum quem constat injuste possidere, Petr. Barbosa *a l L. si alienam* 11. *ipsi* 12. *D. Sol. matr. n.* 60. Nec verba *etsi nihil præstat L.* 4. *C. de ed.* ad probationes restringenda. Et quorsum quæso allegatio ejus quod non probandum, et quo non probato, reus æque obtinebit? Quin si dicere non cogitur possessor pro qua parte res ejus sit, *L.* 73. *h. t.* utique nec quod tota, arg. *L.* 76. *h. t.* Quid, quod absque sua allegatione reus ex possessione sola præsumitur dominus, per *L.* 15. verbis *in detinendo dominio C. hoc tit. L.* 2. *C. de prob.* Quin, necessitate ea contra vindicandi posita, ex simplici judicio petitorio constituitur duplex; ut possessor quoque actor sit, Wes. *d. loc.* Denique, etsi palam agnoscat reus rem suam non esse, caussam possidendi se nullam habere, non tamen inde actor vincit, nec rem suam esse probat; sed manet ea apud possessorem, ex regula eum cujus non interest, non admitti ad agendum, *L.* 1. *C. Sine censu vel reliq.* Vasq. 2. *Ill. Contr.* 85. *n.* 1. Paul. Æmil. *Decis. Rotæ* 11. *P.* 1. Eo ipso enim quod possidet, potior reus est, ipsique facilior retentio quam alteri persecutio.

(3) Et ita exceptio dominii quandocunque ante sententiam opponi potest, ad hoc ut reus absolvatur, arg. eorum quæ habet Petr. Barbosa *ad L. si alienam* 11. *ipsi* 12. *Sol. matr. n.* 22. *et seqq.* ad hoc autem ut super dominio rei feratur sententia, non item; cum sententia petitioni conformis esse debeat, nec illa post litem contestatam mutari possit. Facit *L.* 9. *C. de præs. long. temp.*

esse; atque hac, sive negatione sive affirmatione, dicit (4) omnia quibus fit ne ille sit dominus, sive ideo accidit quia nunquam ante dominus fuit, sive ideo quod, cum fuisset dominus, postea dominium in possessorem est translatum; hoc enim alteri postea quæsito, simul et prior dominus esse desinit, quoniam duorum in solidum dominium esse non potest, *L.* 5. §. *ult. D. com.* At in vetere formula hujus actionis eadem contestatio litis fuit: FUNDUS SABINUS MEUS EST: IMMO MEUS: teste Cicerone in *oratione* pro Muræna. Fuit et est etiam hoc loco; ut non dubitem hoc ex vetere illo jure hic hæsisse vestigium. Sed additio illa *immo meus* neque fuit veteribus, neque nunc est possessori necessaria eo, vel ut cogatur possessor idipsum de jure suo probare, actore de suo non probante: vel ut hoc probante, possessor ad superioris defensionis probationem admittatur, ut ostendi. Quorsum ergo adjicitur hoc loco, aut in vetere formula usurpata est? ut possessori caveretur haud dubie; non tamen quia necesse esset adjici, sed quia illi honestum et quia utile. Honestum est, ne videatur rem sibi defendere, tantum ob id quod actor jure agendi deficiatur, non quia ipse ullum jus dominii in re habeat; quod videtur non juste possessionis habere confessionem. Utile est ad judicem conciliandum, ut de caussa possessoris melius sentiat, atque ita ei faveat. Iis enim solemus favere de quibus bene existimamus; aversi contra esse ab iis de quibus male. Sane possessor si velit non absolvi tantum, sed de se quoque (5) pronuntiari se esse dominum, rectius faciet, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat, et contra vindicet. Nam. si negaverit tantum adversarium dominum esse, non videtur judex aliud pronuntiare posse pro reo, quam hoc ipsum: ut in omni judicio, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest, *L. ut fundus, D. com. divi.* Nec multum profuerit possessori, si ad istam inficiationem probandam postea se ipsum dominum esse ostenderit; Nam cum eo tantum retulerit hanc probationem, ut efficeret actorem dominum non esse; semper huc res redit, ut ea probatione confirmet id solum quod in judicium deductum est; non ut rem

(4) Unde efficitur, etsi alias exceptio de jure tertii a quo reus nullum jus vel caussam habet, non audiatur, *L.* 4. §. 7. *Si ser. vind.* Wes. *Cons.* 15. *n.* 67. Monter. a Cueva *Decis.* 42. *n.* 88. Tessaur. *Decis.* 4. *n.* 1. hic tamen exceptio de dominio tertii efficax, per *L. ult. Cod. hoc tit. L.* 6. junct. *gl.* v. *apparuit, C. de ser. fugit.* Quia hæc perimit jus agentis, actorem in totum a sua petitione excludit, ac in effectu concludit illum sine actione agere, Tessaur. *d. Decis.* 4 *n.* 1. Joan. Petr. Surd. *Decis.* 144. *n.* 19. Petr. Barbosa ad *L. si alienum* 11. ipsi 12. *D. Sol. matr. n.* 4. *et* 5. *ac n.* 51. ubi docet, eum quoque sic recte excipere qui caussam a vindicante habet, et *n.* 52. etiam eum qui possessione spoliavit petitorem. Ibidemque *n.* 57. *et seqq.* tractat an de utili quoque dominio tertii, vindicanti domino directo opponi exceptio possit. Ac quod admittenda hæc exceptio, etiam post litem contestatam, Tessaur. *d. Decis.* 4. *n.* 8. quia non tam sit de jure tertii, quam de non jure agentis. Quare, impleta intentione actoris, hoc probandum suscipere reus poterit. Quin nec omnino necesse est ut, postquam actor probavit, ex. gr. se emisse a domino, reus contra probando doceat se vel alium dominum esse, forte quia usuceperit; sed et si alia ratione probationes ejus elidat, obtinebit. Veluti si objiciat actori, quod sit incapax ejus rei, qui conditione personæ dominus esse nequeat, ex. gr. si servum petenti objiciatur quod sit Judæus, mancipium autem Christianum etc.

(5) Defensio quæ, in sola inficiatione dominii actoris, parit reo solam absolutoriam, *L. ult. C. h. t.* et quæ in contra vindicatione, efficit ut res una ejus esse declaretur, Mudæ. *in* §. 1. *I. de act. n.* 61. Itaque majoris auctoritatis est pronunciatum rem esse rei conventi, quam simplex absolutio, Coler. *Cons.* 30. *n.* 77. Hæc enim ipsi quidem reo proficit, quousque possidet, ut habeat exceptionem rei judicatæ contra actorem. Ast, si possessione cecidit, etsi ea ad petitorem pervenerit, nulla sic absoluto contra hunc actio, nec in rem, per *L.* 11. *pr. de jurej.* nec Publiciana, arg. *L.* 7. §. 7. *de Public.* junct. *L.* 2. *de jurej.* Neque enim ex titulo sententiæ rem tenet jure dominii vel quasi; nec aliquod jus in re ei sententia tribuit, quia non pronunciatum ideo est rem suam esse; scite Wes. *ad h. t. n.* 47. Quando autem contra vindicando reus suam esse probavit, non simpliciter tantum absolvendus, sed et ipse dominus declarandus, *L.* 14. *D. de probat. Cap. cum caussa; Extr. de sent. et re jud.* Hartm. *Titul.* 45. *Obs.* 2. Eoque ipso una judicatum rem actoris non esse, *L.* 40. §. 2. *de Procur. L.* 15. *de exc. rei jud.*, per regulam: res duorum in solidum esse nequit. Quare hæc sententia, si possessionem amiserit, contra actorem ejusque heredes ad agendum etiam prodest, cum sententia inter eos jus fecerit, Wes. *ad d. t. C. n.* 57. add. idem *Cons.* 6. *n.* 62. *et seqq.* ut Coler. *Cons.* 30. *n.* 77. Unde apparet reum cui probatio dominii sui expedita, non frustra fiducia sui juris eam in se recipere, juxta *d. L.* 14. *de probat.*

novam in judicium deducat. Jam autem dixi, ultra id quod in judicium deductum est, excedere non posse potestatem judicis. Et, ut vellet novam intentionem deducere, dubitari potest num posset; cum ne exceptio quidem admittatur postea, nisi quæ initio litis contestata est, *d. L. siquidem, L. præscriptionem, C. de exc.* Et certe in specie *L. circa, D. de prob.* is qui ex possessione ingenuitatis dicebatur esse libertus, auditur quidem probationes de ingenuitate suscipiens, et sententia judicis, cum probaverit, pronuntiatur ingenuus; sed cum ab initio non negaret tantum actorem patronum suum esse, sed diceret se esse ingenuum. Et hoc ab initio intendi ac contra vindicari, tutius ab omni eo qui rem suam esse volet pronuntiari. Itaque hoc casu contra vindicare necesse fuerit; sed ita, ut potius hæc possessoris actio sit mutua, quam adversus actorem defensio: de qua nunc quæritur.

## ÆQUE.

### §. II.

*Summa* §. I.
*Quæ hic expendenda.* II.
*Confessoria cur in rem, et quam vim hoc habeat.* III.
*Confessoriæ quæ restitutio, et quis in ea judicii exitus.* IV.
*Confessoria cur sic dicta: et a re esse, non a conceptione orationis.* V.
*Confessoria cur prodita de servitutibus.* VI.
*Negatoria cur in rem.* VII.
*Negatoria cur dicatur competere de servitute quæ nulla est.* VIII.
*Negatoria adversus quem: et esse etiam adversus eum qui servitutem sibi non defendat.* IX.
*Negatoria in actione quæ restitutio, et quod officium judicis.* X.
*Negatoria cur ita dicatur, et hoc item ex re esse, non ex conceptione orationis.* XI.
*Altius tollendi jus an servitus; et an de eo actio confessoria; et quando.* XII. XIII.
*Actor quid Justiniano in illis verbis* per quem neget rem actoris esse. XIV.
*Illa verba* Ei vero qui possidet *recte posita, et eorum sententia.* XV.
*Ratio Justiniani illa* Nam in his agit *qualis, et quam proposito probando conveniat.* XVI.
Agit qui non possidet *quomodo hic accipiendum.* XVII.
*Negatoria cur non detur de re corporali, de servitute autem competat.* XVIII.
*Actionem in rem possessori non dari, nec confessoriam, nec negatoriam.* XIX.
*Actio in rem cur possessori non detur: tum confessoria, tum negatoria.* XX. XXI. XXII.
*Actionem in rem possessori non dari, dictum esse de rebus corporalibus; ad servitutes non pertinere.* XXIII.
*Actio in rem de servitutibus prodita etiam possidenti, tam confessoria quam negatoria: et cur potius quam in rebus corporalibus.* XXIV.
*Actionem in rem de re corporali etiam possessori dari, et hoc quomodo intelligendum, et quam conveniat cum prioribus.* XXV.
*Actoris partes onus probandi, et cur.* XXVI.
*Possessoris commodum.* XXVII.
*Actoris partes obtinet possessor non uno casu, sed multis, et quibus; et quam hi ad definitionem Justiniani pertineant.* XXVIII.
*Possessor nemo partes actoris, seu onus probandi sustinet, quatenus possessor est, sed quatenus prius actor est, aut pro actore habetur.* XXIX.
*Non in Interdicto uti possidetis solum accidere ut possessor partes petitoris obtineat.* XXX.
*In servitutibus non esse unum illum casum de quo hic traditur.* XXXI.
L. si prius, D. de oper. nov. nuntiat. *non habere hunc unum casum* XXXII.
*Qui suscipit ultro in se probationes, posse eum solum dici qui partes actoris obtineat.* XXXIII.
*Probatio in judicio intendentibus quid; et id obtinere volentibus, pariter omnibus necessaria, etiam ei possessori qui probationes in se ultro suscepit.* XXXIV.
*Obtinere partes actoris et sustinere, diversis rationibus recte dici de omnibus qui partibus probandi funguntur in judicio.* XXXV. XXXVI.
*Uno casu Justinianum non scripsisse, aut de uno casu non sensisse; idque ex verbis demonstratur.* XXXVII.
*In hoc casu, seu illo casu, hic non recte recte legi.* XXXVIII.
Sane non uno casu *legendum,* aut sed non uno, aut sed nec uno; *et quam lectio huic loco per omnia conveniat, et sola.* XXXIX.
*Theophili locus emendatus.* XL.

Æque si agat quis jus sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi; vel per fundum vicini eundi, agendi; vel ex fundo vicini aquam ducendi: in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum invicem quoque proditæ sunt actiones; ut si quis intendat jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, vel projicendi immittendive: istæ quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corralium proditum non est. Nam in his agit qui non possidet; ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunis apparebit.

I. De re corporali actionem in rem proxime dixerat, si quis rem suam petat ab eo qui possidet. Subjicit non de corporali tantum hanc actionem esse, sed æque, id est similiter et de rebus incorporalibus quæ nostræ sint, iisque omnibus; quod indicat exemplis servitutum. Nam res incorporales quæ quidem nostræ sint, sunt servitutes. Ideo harum exemplis utitur. Et quoniam dubitari poterat num competeret de omnibus; ad dubitationem hanc tollendam exempla retulit. Nam cum servitutum quædam sint personarum, ut usus, usufructus; quædam rerum seu prædiorum, *L. 1. D. de ser.* et quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam rusticorum; quæ commemorantur *supra de servit.* in princ. et §. 1. item *L. 1. D. de servit. rust. præd.* animadvertere licet eum omnium generum exempla posuisse, in quibus et hanc actionem statueret: quod sane non alio spectat, quam ut intelligamus competere eandem actionem de omnibus. Hoc interesse docet in hoc genere inter res corporales et incorporales, quod in servitutibus duæ sunt in rem actiones proditæ. Una dicenti servitutem suam esse, seu sibi deberi a re alterius; quam actionem hic non nominat, juris auctores confessoriam vocant: altera ei qui negat rem suam servitutem debere: quam hic vocat negativam, nostri in usu juris negatoriam, *L. 2. D. si ser. vind.* Unde horum titulorum inscriptiones *Si ususfructus petatur, vel ad alium pertinere negetur.* Item *Si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.* Petitionis et vindicationis verbo in rem actio significatur, *L. actionum*, *L. actio, D. de obl. et act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de verb. signif.* Petitur et vindicatur servitus, de qua in rem agitur, sed confessoria actione. Negatur ad alium pertinere, de qua itidem agitur in rem, sed negatoria. De rebus corporalibus una tantum actio in rem, prodita ei qui rem suam esse intendit, id est confessoria. Nunquam ei qui negat; cujus et rationem reddit in extremo.

II. Atque hæc summa sententia hujus loci. In quo quædam sunt quæ habent dubitationem; quæ, si distincte proposita recte atque ordine explicantur, locus alioqui omnium sententia vix pervius poterit patere. Ea sunt quatuor, quorum tria pertinent ad actiones: unum est in exemplis, quæ hic proponuntur. De actionibus, ut tria complectitur Justinianus, ita singulorum ratio cognoscenda est; sine quo harum actionum usus non magis intelligetur, quam si omnino hic non essent propositæ. *Primum*, cur dicantur hæ actiones in rem, et quam vim id habeat. *Alterum*, cur et unde ita vocentur, illa confessoria, hæc negatoria. *Tertium*, cur hæ proditæ sint actiones in rem duæ de servitutibus, cum in vindicatione rerum corporalium una tantum sit prodita confessoria. Quæ singula ordine in unaquaque harum actionum breviter expendemus, ac primum in confessoria.

III. Est ergo actio confessoria, qua servitus petitur, et vindicatur, itidem in rem actio, ut illa de re corporali: nempe iisdem

de caussis. Actio in rem est, per quam rem nostram petimus, *L. actionum, D. de obl. et act.* Et confessoria de servitute ejusmodi, per quam servitutem nobis competere, id est nostram esse intendimus, *L.* 2. in pr. *D. si ser. vind.* Non enim si nobis promissa sit tantum servitus, locus est huic actioni. Sed etsi nobis fundus venditus sit nec traditus, actione ex empto, id est in personam agitur ut venditor fundum tradat et tradendo, si dominus est, nostrum faciat, *L. ex empto,* in pr. *D. de act. em.* ita et de servitute, si forte vendita sit nec tradita; idemque, etsi sit promissa aut aliter ex contractu debita. Ex contractu enim obligatio; nec obligationis substantia in eo est, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandum, *L.* 3. *D. obl. et act.* Ubi autem servitus tradita erit; quod fit usu servitutis et domini patientia hunc usum in re sua permittentis, *L. ult. D. de ser. L.* 3. in pr. *D. de usuf.* tum servitus incipit esse nostra, de qua ob eam caussam jam agere in personam non licet ut nobis detur, quæ jam nostra est, §. *sic itaque, infra eod.* sed hæc sola est actio per quam servitutem nostram esse intendamus. In rem actio de re corporali est adversus eum qui rem possidet, tenet, et habet restituendi facultatem. Et confessoria suo modo adversus possessorem servitutis. Competit namque, non adversus eum qui quandoque nobis obligatus servitutem dedit, qui solutione ejus quod debuit, omni obligatione liberatus est; sed adversus omnes omnino qui nos servitute uti quoquo modo impediunt, sive servitutis faciant controversiam, sive non faciant, *L. loci,* §. *si quis mihi, L. si quis diuturno,* §. *ult. D. si ser. vind. L. pen.* §. 1. *D. si usuf. pet.* Quod non aliud est, nisi adversus servitutis detentorem et occupatorem dari. Ut enim in rebus corporalibus, si quis rem corporalem nostram tenere nos aut attingere non sineret, id non faceret aliter quam ut ipse rem occupatam teneret solus, quam nobis non redderet, quam ob rem et actione in rem teneretur; sic in servitute, si quis ea nos uti prohibeat, eam suo quodam modo detinere possidereque recte dicatur; adversus quem ideo sic intendamus recte, ut ea quasi occupatione et detentione cedat. Dicitur tamen confessoria etiam possessori interdum dari, ut idem sit petitor juris et possessor, *L. etsi,* §. 1. *D. si ser. vind.* nempe ergo et adversus eum qui non possidet; quoniam duo in solidum eandem rem possidere non possunt, *L.* 3. §. *ex contrario, D. de acq. pos.* Quod et verum est, nec sunt hæc contraria; sed idem hic fit quod in vindicatione rerum corporalium fieri supra indicavimus, et exponetur pluribus illis verbis *ei vero qui possidet.* Actio dari potest ei qui jus vere possidet, quo casu et erit adversus eum qui vere non possidet. At nunquam datur ei qui servitutem detinet: semper autem adversus eum qui velut occupatam tenet: et ita possessorem intelligi volumus, cum dicimus actionem in rem possessori non dari, dari autem adversus possessorem.

IV. Petitio, et ex ea petitione officium judicis in utraque actione idem, idem utriusque judicii exitus. In actione in rem de re corporali, judicis primum officium est ut pronuntiet rem esse actoris, *L. et ex diverso,* §. 1. *D. de rei vind.* Et hic quoque ut servitutem per sententiam non constituat, sed quæ est declaret, *L. sicut,* §. *sed si quæratur, D. si servit. vind.* Illic judicium eo spectat, ut res restituatur. Unde secundum in officio judicis, ut jubeat restitui cum fructibus; ac nisi paret possessor, damnetur eo modo quo supra diximus, *L. qui restituere, D. de rei vind.* Idem in hac actione judicii exitus, ut scilicet restituatur servitus; idque eodem præcedente jussu eademque sententia judicis efficitur, ut est generalis definitio in extremo *d. L. qui restituere.* Nec minus placet etiam in hanc actionem fructus et omnem caussam venire, *L. loci,* §. 1. *C. si ser. vind. L. pen.* §. *pen. D. si usuf. pet.* Sic autem videtur servitus restitui, si desinat is cum quo agitur controversiam servitutis facere, et actorem uti servitute patiatur; unde officium judicis in eo, ut securus actor consequatur servitute utendi facultatem, *d. L. pen.* §. *ult. D. si us. pet.* Id autem sic efficitur officio judicis. Quoniam enim id verbis non præstatur sed re; fieri autem potest, ut qui hodie non prohibet, quo tempore jussus est restituere, cras prohibeat; hic adversus periculum futuri temporis cautio subsidio inventa est, quæ pro restitutione rei cederet, ut caveat possessor, neque per se, neque per heredes suos factum iri quominus servitute uti liceat. Itaque officium judicis hoc est, ut jubeat hanc quoque cautionem interponi; ut si caverit reus, absolvatur; sin minus, tanti condemnetur quanti actor in litem juraverit, *L. harum, D. si ser. vind.* Et vero consequitur petitor hac cautione ut in futurum quoque sit securus: aut enim reus metu stipulationis non prohibebit adversa-

rium uti servitute; aut si prohibet, parata est actori actio ex stipulatu quidem, attamen tanquam ex caussa judicati, qua statim quod interest sua in exsecutione judicati consequatur; nam post rem judicatam nihil amplius quæritur quam an judicatum sit, *L. post rem, D. de re jud.*

V. Quod *secundum* in hac actione spectandum dixi, confessoria dicitur hæc actio, quia per hanc servitutem nostram esse confitemur, id est affirmamus; nec ulla est confessoria de servitute, nisi per quam intendimus servitutem nobis competere eamque vindicamus, id est ut nostram petimus, *d. L.* 2. in pr. et §. 1. *si ser. vind.* Itaque utrum sit confessoria, ex re petita et sententia verborum æstimandum est, non ex figura orationis. Potest quis intendere servitutem suam esse simul verbis et sententia, ubi nemo negat confessoriam actionem esse in qua et verba et sententia affirmant. At potest quis affirmare sententia orationis servitutem sibi competere, ut tamen oratio conceptione verborum sit negativa. Nihilominus actionem confessoriam esse dicemus ex definitione, quia petit servitutem, et nostram esse confitetur; ut puta, cum dico mihi jus esse utendi fruendi fundo alicujus, jus eundi agendi per fundum vicini, jus tigni immittendi in vicini ædes; non mirum si dicitur hoc loco in his exemplis actio esse negativæ contraria, id est confessoria; quoniam utraque re vere confessoria est, et sententia qua servitutem re vera meam esse affirmo, et conceptione verborum quæ et ipsa affirmativa est. At cum intendo jus non esse vicino altius ædes suas tollere et officere luminibus meis, oratio quidem verbis negativa est; at sententia affirmat de servitute hanc esse meam. Confessoria igitur ex definitione, quia servitutem vindicat, *d. L.* 2. *si ser. vind.* sed de eo exemplo paulo post suo loco.

VI. Sequitur *tertium* illud, cur sit hæc actio in servitutibus prodita. Sed de eo ideo hic non quæritur, quia habet actio exemplum rerum corporalium; nam quæ de rebus corporalibus prodita est in rem actio, non alia est quam confessoria utpote prodita rem suam petenti, eoque et suam esse confitenti atque affirmanti; ut si caussa est in re corporali cur liceat hac actione experiri et rem nostram petere, sit jus atque æquum et rem incorporalem eodem modo petere licere. Ad negatoriam hæc quæstio pertinet, eum ea in controversiis rerum corporalium non sit constituta. Ac de ea actione jam eadem ista tria consideremus.

VII. Est autem actio negatoria, per quam quis servitutem a re sua deberi negat, *d. L.* 2. in pr. *si ser. vind.* Hoc quoque genus in rem actio est, ut hic traditur et *d. L.* 2. *si ser. vind.* quippe et hic rem nostram petimus; non utique servitutem quam hic negamus, sed rei nostræ libertatem. Negat quis servitutem vicino se debere ædes suas altius non tollendi: verbis de servitute negat, vi ipsa hoc intendit habere se ædes suas ab ea servitute liberas, *L. loci*, §. *competit*, *D. si ser. vind.*

VIII. At dicitur hæc quoque actio competere de servitute, *d. L.* 2. *si ser. vind.* Quomodo de servitute quæ nulla est? Recte: sed ut sit de servitute, non quam quis sibi vindicet, sed quam se alii neget debere; idque ita explicatur in *d. L. loci*, §. *competit.*

IX. Est hæc actio itidem adversus possessorem. Dum tamen possessorem hic intelligamus, ut in confessoria, non eum qui propria libertatem possidet dum est in possessione servitutis; quoniam et ei qui vere in possessione libertatis est, negatoria dari potest, *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si ser. vind.* sed eum qui, sive sit in possessione servitutis sive non sit, libertatem prædii nostri velut occupat et tenet. Datur enim adversus eum, quisquis in nostro quid facit inve nostrum immittit invitis nobis, aut in nostro facientes nos prohibet, *d. L. loci*, §. *competit.* *L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si ser. vind.* Ut autem servitutem nostram detinere intelligitur qui nos ea uti non patitur, sic libertatem qui quominus ea utamur impedit. Nec interest utrum is qui in nostro quid facit aut in nostrum immittit, jure servitutis id se facere dicat an non dicat; satis est quod hæc facit, ut hac actione teneatur, ut declaratur multis in *d. L. sicut*, §. *Aristo*, *D. si servit. vind.* Nec nos moverit quod hæc actio, ut confessoria, de servitute esse dicitur, saltem quam negemus nos debere, *d. L.* 2. in princ. *d. L. loci*, §. *competit*, *eod.* Ut enim recte et naturæ actionis convenienter negemus nos ei servitutem debere, qui quid eorum facit quæ supra scripta sunt, non est necesse eum dicere sibi earum rerum servitutem deberi, et servitutis facere controversiam; satis est quod id faciat quod jure facere non potest, nisi jure servitutis. Videndum est enim quo spectet hæc actio: nempe eo ut efficiatur jus non esse adversario eorum quid facere quæ diximus, eoque ut officio judicis facere prohibeatur. Atqui hoc efficitur ista intentione, si dicamus nos earum rerum servitutem non debere, sive ejus rei controversiam faciat adversarius verbis sive non faciat. Hoc enim posito servitutem adversario non deberi a

nobis, sequitur ut illa facere in nostro non possit: quia quæcunque oratio ejus fuerit de servitute in utramque partem, sive ut controversiam de ea faciat sive nullam; re certe ipsa non potest ea jure facere, nisi jure servitutis: quo fit ut, hoc jure negato, et potestas illa faciendi ei detrahatur. Quocirca, ut defendamus recte dici hanc actionem competere de servitute, non est necesse eo confugere quo eruditis etiam quibusdam hac objectione impeditis accidit, ut dicamus huic actioni tum locum esse cum is qui hac actione experiri vult, servitutem prius debuit quæ post remissa est, de qua tamen nunc controversiam patitur; aut cum idem vicino alicui servitutem debet, non autem ei cum quo nunc agitur, qui et sibi candem deberi dicit. Sit sane et his casibus negatoria actio ut est, et sine controversia recte dicatur ea actione servitus negari quam adversarius sibi defendit. Sed non minus recte, ut dixi, et hæc negatur adversus omnes qui ea faciunt in nostro quæ facere non possunt, nisi jure servitutis; ut sic negata servitute efficiatur reos illa facere non posse; qui unicus finis est hujus actionis; et hoc, sive servitutem sibi defendant sive non defendant. Quanquam, si præfracte quærimus in negatoria actione ut sit adversarius qui servitutis controversiam faciat, quo, eam nos debere recte negemus; is paratus est in his omnibus qui quid faciunt in nostro nobis invitis, aut nos in nostro quid facere prohibent. Esto enim his faciendis de servitute nihil dicant quo eam sibi usurpent verbis, at certe satis usurpant re ipsa et facto, quoniam in his factis servitus omnis consistit, *L. quoties*, 1. *D. de ser*. Sit ergo hæc actio adversus omnem qui hæc facit, quocunque modo se dicat facere, sive jure servitutis sive nullo.

X. Exitus judicii idem qui supra, ut cum libera res nostra pronuntiata fuerit, libertatem adversarius nobis restituat quam quodammodo facto suo nobis ademerat. Restitutio in eo ne nos amplius inquietet, *L. pen*. §. *ult. D. si us. pet*. Et quoniam non id agitur tantum ne hodie nos inquietet, sed ut in futurum quoque de libertate nobis provisum sit; ut in confessoria actione, sic in hac cavere debet reus, neque se neque heredes suos quidquam facturos quominus actor libere re sua utatur. Continetur ergo officio judicis, ut et illa fieri vetet quæ facta sunt, et de futuris quoque factis caveri jubeat; quod nisi fit, condemnatio sequetur, *L. egi. d. L. harum, D. si ser. vind*.

XI. Negatoria cur dicatur hæc actio, apparet. Ideo negatoria de servitute, quia competit neganti se servitutem debere, *d. L.* 2. in princ. *L. loci*, §. *competit. D. si servit. vind*. Itaque an sit negataria, itidem hic ut in confessoria, ex re quæ intenditur æstimandum est, non orationis conceptione. Negatoria est quæ servitutem negat, etiamsi affirmativa intentione utatur; non est negatoria quæ servitutem vindicat, etiamsi negativa oratione sit concepta. Ut puta, intendit quis jus sibi esse prohibendi ne quid in suum immitas; negatoria actio est in *L. sicut*, §. *Aristo, si servit. vind*. Intendit quis ædes suas esse liberas a servitute altius non tollendi. Et hæc negatoria est actio in *L. loci*, §. *competit, eod. tit*. utrobique tamen affirmativa oratio, sed quæ sub affirmativa conceptione vi ipsa servitutem ab actore deberi negat; quod ex definitione et vi verbi sufficit ut sit actio negatoria. At cur hæc prodita de servitutibus, cum in controversiis rerum corporalium nulla sit ejusmodi actio? hoc enim erat *tertium*, quod circa has actiones quærebamus. Et cum id explicet Justinianus illic *Quod genus actionis*, sit autem locus per se obscurior; ejus rei tractationem in eum locum rejiciemus, ubi separatim attingatur.

XII. Venio ad exempla hujus loci, quod *quartum* in hujus loci tractatione spectandum esse diximus. De his monendi sumus, cum sint omnia servitutum, esse ejusmodi, ut si de genere servitutis quæritur, singularum specierum significatio et potestas petenda sit ex titulis de servitutibus, non hoc loco tradi ubi de actionibus servitutum agitur, non de ipsis servitutibus. Unum esse genus in quo ambigatur de actione, cujus ideo ratio hoc loco nobis explicanda est; sic enim ad propositam huic loco quæstionem pertinet, et est ejusmodi, ut de eo parum liqueat. Id genus est jus quod vocat altius ædes suas tollendi, de quo ita dat actionem confessoriam, ut videatur debuisse dari negatoria: aut certe male has actiones ante definivimus, et omnino quæ sint non intelligitur. *Veluti* inquit, *si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi*. Aperte Justinianus hoc exemplum refert inter ea in quibus dat actionem confessoriam. Post hæc enim exempla, in vers. *Contra quoque*, subjicere ostendit ea in quibus scribit contrariam esse actionem, eamque vocat negativam, id est negatoriam. Posuerat ergo prius actionem contrariam negatoriæ; ea autem est confessoria. Atqui, si recte definitur confessoria qua servitutem nobis competere intendimus; negatoria qua alteri deberi negamus, ut definiuntur ista in *L.* 2. *D. si ser. vind*. negatoriæ exemplum esse dixeris, non confes-

soriæ, cum agn jus mibi esse altius ædes meas tollendi. In hac enim intentione non servitutem mibi deberi dico, sed me vicino debere nego; et, quod idem est, ædes meas a servitute liberas esse intendo: idque ita demonstratur. Id solum servitutis est, si quis cogatur aliquid pati in suo, aut in suo non facere, *L. quoties*, 1. §. *ult. D. de servit.* Ergo in suo aliquid facere servitutis non est, sed libertatis servituti contrariæ. Intelligiturque hoc ipsum certius ex eo, quod placet liberum esse cuique in suo quidvis facere, dum in alienum nihil immittat, *L. sicut*, §. *Aristo, D. si ser. vind.* At hujus generis est ædes suas altius tollere; liberum igitur hoc ipsum cuique; eoque et libertatis quam dominus sibi asserat servitutem se debere negando, non servitutis quam ab alio acceptam confessoria sibi vindicet. Idque est quod dicitur, neminem dominum prohiberi altius ædificia tollere, si domus servitutem non debeat, *L. altius, C. de servit.* Et quia non prohibetur, ideo cum eo qui tollat, etiam si obscuret vicini ædes quibus non serviat, nullam competere actionem, *L. cum eo, D. de servit. urb. præd.* Conceduntur hæc ei domino cujus ædes servitutem non debent, cujus ædes non serviunt. Ergo ei cujus ædes sunt liberæ; ergo ei cui hujus ipsius libertatis jure, id est jure proprio rei suæ, licet altius tollere, non constituto aliunde jure servitutis. Ex quibus efficitur, si quis intendat jus sibi esse altius ædes suas tollere et officere luminibus vicini, hunc non vindicare servitutem quæ nulla illi constituta est, sed negare hanc a se deberi ei qui impediat altius ædes tolli, et ita intendere ædes suas esse liberas. Negatoria igitur hic actio in rem de servitute, non confessoria, ex definitione superiore. Sunt qui id admittant, quasi Justinianus inter exempla actionis confessoriæ unum hoc exemplum admiscuerit negatoriæ actionis. Sed repugnant, ut dixi, illa verba *Contra quoque*, quibus se subjicere ostendit ea exempla in quibus statuat actionem negatoriam, eamque priori contrariam; nec alia est contraria, nisi confessoria: hanc igitur in prioribus exemplis posuerat, non negatoriam. Quid verbis opus est? *Contra quoque* diserte scribit in hoc ipso exemplo negatoriam actionem esse hanc, si quis intendat jus non esse adversario altius tollendi. Ergo hoc dicit actionem hanc esse de servitute altius tollendi quam neget deberi adversario, juxta definitionem, *L. 2. D. si ser. vind.* Proinde adversarius qui sic aget ut intendat jus sibi esse altius tollendi, intendet sibi servitutem competere. Confessoria igitur hæc actio, non negatoria, ex definitione confessoriæ actionis. Sunt qui fateantur hanc actionem jus mihi esse altius ædes meas tollendi, vere esse negatoriam, ut disseruimus, et Justinianum hic agere de actione confessoria; et tamen defendant non eo minus exemplum ad confessoriam actionem pertinere; quod dicant et in hoc exemplo, quæ actio negatoria est, eandem esse diversis rationibus re atque verbis confessoriam. Negatoriam esse, si servitutem spectemus de qua agitur; vere enim hanc ab actore deberi negat. Confessoriam, si spectemus libertatem; nam hanc potissimum actor hac actione sibi asserere conatur, atque hanc ipsam suam esse confitetur, itidem ut servitutem a se deberi negat; constatque utrumque inesse in hac actione, *L. loci*, §. *competit. D. si ser. vind.* Cum autem accedat oratio affirmativa, ut intendat actor jus sibi esse altius ædes tollendi; nihil caussæ dici posse videtur cur non re et verbis dicatur confessoria, conveniatque instituto Justiniani qui hoc loco actionem confessoriam intelligi voluit. Atque hoc sensu assequuntur, ut congruat exemplum Justiniani sententiæ de confessoria actione, et simul non adversetur hic locus illis aliis, quibus traditur licere altius ædes suas tollere jure proprio rei suæ, non jure servitutis; quoniam ne id quidem hic negetur, cum dicamus hanc actionem, jus mihi esse altius ædes meas tollendi, confessoriam esse; non tamen ad servitutem vindicandam, sed ad libertatem ædium asserendam, quæ jure communi tributa sit omnibus quorum ædes non serviant. Equidem agnosco, si ad verbi rationem res exigitur, dici confessoriam isto modo nec inepte nec parum significanter; negatoriam enim maxime de libertate esse; hanc autem si æstimamus, nihil repugnare quominus quæ de servitute quam negat, negatoria; quæ de libertate quam confitetur, recte dicatur confessoria. Sed quominus confessoriam ita hic interpretemur hæc prohibent, veterum usus, ipsius loci sententia, et quod ne ista quidem interpretatione difficultatem loci explicamus. Confessoriam scimus vocare veteres, non quæ confessoria est de libertate, sed quæ confessoria est de servitute quam deberi confitetur; sicuti negatoriam, non quæ est negatoria de libertate, sed quæ negatoria de servitute quam negat. Sic enim traditur de his actionibus in *L. 2. si ser. vind.* competere has in rem actiones de servitutibus, illam de servitute quam affirmet deberi, hanc de servitute quam deberi neget. Sed et hanc actionem confes-

soriam intelligere se hoc loco Justinianus satis ostendit; cum enim dicit postea negativam actionem de qua loquitur, non esse proditam in controversiis rerum corporalium; simul significat eam de qua senserat in principio, et quam ab hac negativa ut contrariam separat, in judiciis rerum corporalium esse proditam. Non ergo prius intellexit eam confessoriam quæ servitutem deberi negans, confiteretur et affirmaret libertatem; quoniam hæc in illis judiciis nulla est. Sed hoc sensit, eum qui agit jus sibi esse altius ædes suas tollendi, sic confessoria agere, ut agat de servitute quam his verbis sibi competere contendat. Postremo cur metuimus in hac specie altius tollendi confessoriam admittere, quæ sit de servitute? Ne scilicet cogamur admittere hoc jus esse servitutem, sicque pugnemus cum iis locis quibus traditur licere hoc cuivis jure rei suæ, non jure servitutis, *d. L. cum eo, D. de servitut. urb. præd. L. altius, C. de servitutis.* Atqui hac ipsa ratione in hac specie admittere debemus confessoriam quæ sit de servitute, quia in *L. 2. D. de servit. urb. præd.* inter jura prædiorum diserte numeratur jus altius tollendi; sunt autem jura prædiorum horum ipsorum servitutes, *supra de servit.* in pr. et §. 1. Sed et eadem in caussa habetur in *L. in tradendis* §. 1. *D. com. præd.* Quod nisi recipimus priorum locorum objectionem metuentes, illinc dilapsi, in istorum posteriorum reprehensionem manifestam incurrimus. Quid ergo est? Et sumi oportet id quod ex proximis duobus locis datur intelligi; jus altius tollendi ædes suas interdum servitutis jus esse, non libertatis; interdum libertatis, non servitutis. Quo posito, res est expedita. Licet autem attendenti intelligere maxime ex *d. L. 2. de servit. urb. præd.* Illic enim statim in principio traditur, urbanorum prædiorum jura talia esse: altius tollendi, aut non extollendi. Ac jura jam ante diximus intelligi servitutes, ut hoc ipsum explicatur in *tit. de servit.* in pr. et §. 1. *supra.* Qui jus altius tollendi servitutem esse, seu servitutis jure competere dicit, aperte negat hoc idem competere servitute non constituta; eoque negat competere jure libertatis, seu jure proprio rei suæ. Et contra, qui jus altius non tollendi dicit esse servitutem quam quis in suo pati debeat, is aperte dicit hac servitute ædibus suis non imposita, licere cuivis altius ædes extollere pro libertate et jure rei suæ, *L. altius, C. de servit.* Ita qui hæc duo dicit, plane hoc dicit, jus altius tollendi et servitutem esse, et non esse: servitutem et libertatem.

XIII. Contraria hæc sunt, nec possunt simul consistere. Quomodo igitur sibi constant? Accidunt hæc, non in uno et eodem jure altius tollendi, sed in diversis; ut alias hoc jus sit jus servitutis, id est non aliter debitum quam servitute a vicino mihi constituta: alias jus libertatis rei nostræ, quo possumus uti invito vicino, hoc ipso quod ædes nostræ sunt, dummodo hanc libertatem non imminuerimus servitute ædibus imposita altius non tollendi. Quando igitur hæc accidunt? Vidit hoc Petrus Faber ad hunc §. et *ad tit. de servit. supra.* Vidit Baro, et diligentius exposuit *ad* §. *prædiorum supra de servit.* ambo moniti certis locis tribus qui de hoc jure altius tollendi scripti sunt; quibus hoc jus ita tribuitur dominis jure communi, ut addatur hæc exceptio, dum ne quid fiat contra formam et statum veterem ædificiorum, ut est in *L. qui luminibus, D. de servit. urb. præd. L. 1. C. de servit.* et ut explicatur alibi, dum ne ædificator modum usitatum altitudinis excedat, *L. 1. C. de æd. priv.* Quid ergo ad rem hi loci? Et facile omnes nos docent, nulla certa forma ædificiorum publice constituta, licere cuivis jure gentium ædes suas quam altissime tollere, etiam si offecturus sit luminibus vicini; et licere jure rei suæ, id est etiam non impetrata a vicino hujus rei servitute, *d. L. altius, C. de ser. d. L. cum eo, D. de servit. urb. præd.* Et hactenus hoc jus libertatis est rerum nostrarum, non servitutis a vicino concessæ. Idem juris esse, etsi constituta sit publice certa forma et altitudo ædificiorum, sed qui ædificat consistat intra hujus formæ modum. Hac autem constituta, si quis altius tollat, non licere jure rei suæ cujus altitudo modum a lege publice accepit. Unde eveniet ut, si licere incipiat, non aliter liceat quam vicino concedente et hanc servitutem ædibus suis imponente, ut ædificantem, et suis luminibus officientem pati cogatur, quem prius pati non debebat. Quæ res facit ut jam jus altius tollendi sit servitus seu jus servitutis. Et hoc, cum forma publice constituta ita erit, ut non liceat altius ædificare invitis vicinis. Nam, si præcise ita cautum sit lege, ne quis supra eam altitudinem ædificet propter incendia aut ruinas ædificiorum; nihil aget servitus constituta quominus ab ædilibus urbis ædes coerceantur intra legitimum modum; pactis enim privatorum juri publico derogari non potest, *L. jus publicum, D. de pact. L. quod bonis,* §. 1. *D. ad leg. fal.* Secundum hæc, res est, ut de dissidentibus locis, ita et de actionibus atque interpretatione hujus loci admodum expedita. Si igitur forma nulla ædificiorum publice constituta est,

aut constituta non exceditur; quia tum ædificare licet jure rei suæ, jure libertatis publice concessæ; si quis tum intendit jus sibi esse altius ædes suas tollendi, is ædes suas liberas esse dicit, eoque servitutem se debere negat, non servitutem sibi deberi contendit. Proinde negatoria actione utitur de servitute, non confessoria, *d. L.* 2. *si ser. vind.* Et isto sane sensu exemplum huic loco non congruit. Quod si lege civitatis certa forma ædificiis præscripta est, supra quam tollere ædificia non liceat invito vicino; vicinus autem constituerit jus mihi esse, invito se, altius ædes meas tollendi et officiendi luminibus suis; jam hoc jus servitus erit quam vicinus pati debeat, quod ante servitutem constitutam non cogebatur. Ne mihi constituerit hoc jus; tum ex lege retinebit jus et libertatem ædium suarum, qua efficiatur ne sit mihi jus altius ædes tollendi. Hic vero in utramque partem exempla in hac specie congruent. Nam si, servitute mihi constituta, vicinus me impediat quominus altius ædificem; recte intendam confessoriam actionem de servitute, ut dicam jus mihi esse altius ædes meas tollere invito eo, id est dicam eum hanc servitutem mihi debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Servitute autem nulla ejusmodi mihi ab eo constituta, si velim ædificare, licet ei ita mecum agere, jus mihi non esse invito se altius ædes meas extollere: atque hæc vere negatoria actio est, quam Justinianus postea in hac specie statuit. Hoc enim nihil aliud est quam negare servitutem hanc mihi deberi; ædes vicini hactenus esse liberas, ne ædificantem me pati cogatur. Pacto in hac re idem quod lege effici non potest: libertas namque naturalis altius ædificandi cum sublata est lege, si deinde mihi cedatur a vicino jus altius tollendi, manet nihilominus eadem conditio rei meæ adversus cæteros, ut altius tollere non possim: sed servitus mihi constituta est a vicino, qui jam pati incipit quod prius sine pacto non cogebatur: hoc autem pati servitutis. *L. quoties*, 1. *§. ult. de servit.* At eadem libertas si adempta sit pacto, puta quia inter me et vicinum convenerit ut ad certam altitudinem mihi ædificare liceret; si idem postea mihi concedat altius ædificare, non nova servitus mihi constituitur, sed quæ illi a me pacto constituta erat contrario pacto ab eo remittitur. Qua remissa, redit res mea in libertatem naturalem, de qua si experiar postea, agam licere mihi altius ædes meas tollere jure rei meæ quæ jam amplius huic non serviat, *L. altius, C. de ser.* Hæc autem est negatoria actio negans amplius servitutem deberi et ædes liberas esse affirmans, *d. L.* 2. *L. loci*, *§. competit, D. si servit. vind.* De modo altitudinis ædificiorum, quis fuerit et quam varius Romæ, nihil necesse est dicere hoc loco. Satis est constare fuisse aliquando constitutum. Fuisse autem, præterquam quod auctores sunt Strabo *Lib.* 5, Tacitus *Lib.* 15. *Ann.* plane constat ex superioribus locis, id est, *d. L.* 1. *C. de servit. L.* 1. *C. de ædific. privat. L. qui luminibus, D. de servit. urb. præd.* si fuit aliquis, superiori juri locus est. Qualis aut quando fuerit, ad hanc quæstionem juris nihil pertinet. Immo vero ad hanc quæstionem satis est non modo ejusmodi aliquem modum esse, sed etiam exsistere posse in quibusque regionibus et civitatibus, ut ad id tempus hæc quæstio accommodetur.

XIV. *Quod genus actionis.* Non abs re addidit hoc loco negatoriam actionem in controversiis rerum corporalium proditam non esse; pertinet enim partim ad defensionem, partim ad explicationem quorundam superiorum. Prius dixerat de rebus corporalibus in his esse actionem in rem, sed eam per quam quis intendit rem suam esse; de ea per quam quis neget rem esse adversarii, nihil adjecerat: omiserat itaque negatoriam. Non recte, diceret aliquis, accepta ex hoc loco occasione; cum enim modo dixerit etiam hanc actionem proditam esse in servitutibus, cur in rebus corporalibus omisit? Dixerat præterea initio hujus §. actionem in rem de servitutibus competere æque, id est similiter atque de rebus corporalibus; ex quo potuit intelligi etiam competere negatoriam de corporalibus; sic enim fit ut competat de his rebus per omnia in rem actio æque et similiter. Utrumque cum requireret interpretationem, commode subjecit quod utrumque absolveret, dum et prioris reddit rationem, et posterius enarrat. Hoc *genus*, inquit, (negatoriæ actionis) *in controversiis rerum corporalium proditum non est.* Proinde nemo mirari debebit, sit in his confessoriæ tantum actionis mentionem feci; negatoriam non dedi: ideo enim non dedi, quia hæc in illis nulla est, dissimiliter atque in servitutibus. Quod autem dixi, de servitutibus æque atque de rebus corporalibus esse actionem in rem, hoc æque sic accipiendum est, ut competat æque et pariter in utroque genere rerum quod ad genus actionis attinet, non quod attinet ad numerum seu ad species actionum hujus generis. Competit æque de omnibus in rem actio; nunquam enim alia actio est de servitutibus quam in rem, sive confessoria erit sive negatoria. At competunt de servitutibus duæ in rem, hæ ipsæ videlicet quas

dixi, confessoria et negatoria; de rebus corporalibus una tantum confessoria: illa altera in harum rerum controversiis non est prodita. *Nam in his is agit qui non possidet; ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse.* Ratio est, non qua probetur cur in controversiis rerum corporalium actio negatoria non sit prodita; sed qua declaretur id quod proposuit, proditam non esse. Locus est paulo obscurior. Difficultas partim ex genere collectionis, partim ex sententiis ipsis per se quæ hic affirmantur. Itaque visum est utrumque hoc loco distincte expendere. Et quoniam afferuntur hæc pro ratione, prius de genere ipso probationis quale sit videamus. De quo non temere est quod quæritur. Non enim videtur ratio efficere id quod est propositum. Id ita faciam, si prius dixero quid hic actoris verbo significetur, ne non satis intellectum, sententiam mutet et rectam collectionem impediat. Ergo illud *per quam neget rem actoris esse* rectum est, ut actoris verbo intelligamus adversarium qui non possidet, sitque hic sensus: ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem esse ejus qui eam non possidet, cum quo forte possessor experiri velit. Actoris verbo hunc intelligere Justinianum, et antithesis et præcedentia hujus rationis declarant. Primum actorem opponit ei qui possidet. Possidenti non recte opponitur quisquam, nisi is qui non possidet. Tum autem eum qui non possidet paulo ante eum esse dixerat qui agit; quod nihil aliud est quam eum qui non possidet, in his controversiis esse actorem. Non mirum, si ex hoc sensu sibi et prioribus consentiens, eum qui non possidet nunc quoque actorem vocat: ut tamen actorem intelligamus non cum qui vere actor est, cum fieri possit ut is qui non possidet nunc non agat; sed eum, qui si hoc casu ageretur, actor esset, aut actor esse deberet.

XV. Hoc intellecto, venio ad rationem, cujus vim initio simpliciter proponam. Probatio autem mihi esse videtur ex enumeratione partium, quarum a singulis removetur negatoria actio. Nam si probatur in singulis partibus harum controversiarum hanc actionem locum non habere, recte colligitur in ejusmodi controversiis in totum huic actioni locum non esse: quod erat propositum. Est igitur ratiocinatio hujusmodi. Controversia omnis quæ de rebus corporalibus nostris movetur actione in rem, aut movetur ab eo qui rem non possidet, aut ab eo qui possidet. Neutro autem in genere controversiæ locum habet negatoria actio: quare in totum in his controversiis locum non habet. Quia vero ad hoc efficiendum satis erat assumptum illud probare; ideo solum posuit et probavit ad hanc, ut opinor, sententiam. In his controversiis rerum corporalium si quis jure agat, is est qui non possidet. Huic autem nulla negatoria actio, non tam quia jure non prodita, quam quod nec natura esse potest. Non enim ei alia potest esse actio ad rem suam recuperandam, quam ea per quam rem suam petat, eoque et suam esse intendat; ubi si neget suam esse, aperte seipsum excludat. Ei vero qui possidet, etsi natura potest actio negatoria ultro dari; tamen jure non est prodita, quia non est necessaria, cum sufficiat ei quod possidet. *L. 1. §. 1. D. uti possid.* Quapropter, si neque non possidenti actio negatoria natura dari potest; neque ei qui possidet, jure est prodita; neque præterea plures sunt controversiæ de rebus corporalibus in quibus sit huic actioni locus: efficitur quod dixit, in totum in his controversiis huic actioni locum non esse. Sed an hoc dicat Justinianus videamus, atque adeo tota ratio paulo diligentius expendatur; quæ non immerito viris eruditis est suspecta. Et vero insunt in ea, ut apparet, partes duæ parum, ut videtur, appositæ ad probandum id quod proponitur. De eo qui non possidet hæc ratio est: *nam in his* (controversiis), inquit, *is agit qui non possidet.* Quid hoc ad rem, ut probetur ei qui non possidet negatoriam non dari, de quo quæritur? Minime vero hic ex illo sequitur: potest enim qui rem aliquam possidet, de ea re agere, et nihilominus negatoriam actionem habere, ut in servitutibus. Nam si cujus ædes in totum liberæ sint ut eas altius tollere liceat, aut ne cogatur dominus in eas tignum recipere; recte agit negatoria si vicinus eum altius tollere prohibet, aut tignum in parietem ejus immittit: et quidem utrumque maxime, etsi adversarius sit in possessione servitutis, dominus non sit in possessione libertatis; veluti si dominus ædium depressas ædes suas habeat, aut tignum in parietem ejus jam sit immissum, *L. loci, §. competit. L. etsi, §. 1. L. sicut, §. sed si quæritur, D. si servit. vind.* Et si tantum dixisset Justinianus eum agere, qui non possidet, neque ex eo colligeretur non possidenti negatoriam actionem non dari. Refelleretur utrumque exemplo servitutum, ubi et servitutem vindicat qui eam possidet, et de libertate ædium suarum experitur negatoria qui non possidet libertatem, *d. L. etsi, §. 1. L. sicut, §. sed et quæritur, D. si servit. vind.* Sed dictum hoc est de contro-

versiis rerum corporalium; et hoc sentit eum agere in his controversiis, qui non possidet rem corporalem. Hoc vere qui dicit, nihil aliud significare intelligitur, quam eum qui de his rebus agat, confessoria actione experiri posse, negatoria nequaquam. Agendi enim verbo quam actionem intelligit? in rem, de ea enim agitur. Quorsum vero hæc actio non possidenti? nempe ad eam rem quæ abest petendam. Eaque ipsa definitio est actionis in rem, quæ ita definitur, ut sit actio per quam rem nostram quæ ab alio possidetur petimus, *L. actionum, D. de obl. et act.* At qui petit, simul necesse est intendat rem suam esse; qui si neget, aperte, ut ante dixi, seipsum excludat. Atque hoc ipsum est confessoria actione experiri, non negatoria. Quare vel ipsum actionis et non possidentis numen hoc efficit, ut intelligi debeat actionem confessoriam hic esse posse, negatoriam non posse. Cur ergo in servitutibus est negatoria ei qui servitutem se debere negat; cum nihilominus hæc ipsa actio sit in rem, et detur interdum libertatem non possidenti? Dicam postea, cum in veritatem harum sententiarum inquiretur. Nunc quid Justinianus in hac ratione posuerit quærimus. Sit ergo hac parte sententia Justiniani, si quis in rebus corporalibus in rem agat, eum agere qui non possidet; hinc sua sponte intelligi eum qui non possideat, negatoria agere non posse; eogente id actionis definitione, non possidentis fine et rei corporalis natura; scilicet quia nec actio aliud petat quam rem suam, nec possessor in ea re aliud intendat quam suam esse ut eam recipiat, quæ confessoria intentio est: et idem alia intentione uti non possit, cum una res sit de qua ab utraque parte contenditur; quam eum affirmarit, non possit negare. Ex quo, ut quid hic subaudiendum est, ita quid subaudiendum sit apparet. Sed sit sane ita, ut possit hæc pars sic accipi, si per se ponatur; hue spectare nimirum Justinianum, ut significet ei qui non possidet, negatoriam actionem non dari. Nihil pertinet ad hunc locum, si appareat ex sequenti parte Justinianum id non sentire. At videamus ne aut repugnet pars sequens quo minus id sentire putandus sit, aut si volumus non repugnare, incidat ipsa in manifestum vitium. Quorum alterum satis est, ne sit ea ratiocinatio quam diximus, aut ne ex ea efficiatur quod volumus.

XVI. Subjicit ergo Justinianus per adversativam: *ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse.* Hæc adversativa si recte posita est, significat Justinianum in eo qui possidet aliquid ponere diversum ab eo quod prius posuerat in eo qui non possidet. Nunc autem de eo qui possidet aperte scribit, negatoriam actionem ei non esse proditam. Ergo idem de eo qui non possidet, prius non sensit. Aut si sensit, vitiose dixit idem per adversativam; cum ita scribere deberet conjuncta oratione: Ei qui non possidet, cum agat, non potest esse negatoria actio. Sed et ei qui possidet, æque non est eadem hæc actio prodita. Itaque non temere est quod plerique docti viri hunc locum suspectum habuerunt. Nonnulli etiam conati sunt remedium afferre, et ita restituere: Ei vero qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse. Quæ Francisci Hottomanni hoc loco vetus restitutio est. Quod ego non reprehendendi caussa dico, sed laudandi. Nam et difficultatem loci præclare vidisse eum apparet; et si quæritur quid per se rectum sit, nihil potest dici melius ad probandum id quod quæritur, estque sententia sine ullo vitio et salebra, a quibus contraria lectio ægre potest defendendi. Sic enim recte colligitur: In controversiis rerum corporalium is agit qui non possidet: id est is agit solus, non etiam is qui possidet. Per quod satis significabatur possidenti nullam esse actionem, eoque nec negatoriam; ut proinde id postea de possidente repeti non oporteat. At ei qui non possidet, quem solum agere dixi, prodita est solum actio confessoria, nun etiam ea per quam neget rem esse adversarii ejusdemque possessoris. Quare in his controversiis rerum corporalium negatoria actio prodita non est, cum possidenti nulla sit actio; non possidenti sit prodita, sed confessoria, non negatoria. Atque ut hoc sic colligitur; ita illud per se verissimum est, possidenti actionem non dari, *L. 1. §. pen. D. uti poss.* De veritate igitur sententiæ et consecutione hujus rationis si per se quæritur, nihil est, ut dixi, hac lectione neque verius, neque melius. Sed quid ageremus? Non enim ad mutanda quæ certo hic scripta sunt accedimus, sed ad interpretanda. At ita constans est in omnibus libris recepta lectio superior, ut nemo adhuc exstiterit qui alicubi aliter legisse diceret. Sed et Theophilus aperte legit locum de eo qui possidet. Quod si quid hic mutandum esset, esset tolerabilius ita legere: Ei vero qui possidet non est actio prodita: detractis illis verbis, per quam neget rem actoris esse; ut diceremus hæc ab aliquo interprete non satis attento tanquam glossema addita esse, deinde in contextum irrepsisse. Habeamus autem

hujus sententiæ rationem non obscuram in enarratione Theophili qui hunc locum plane isto modo expressit, quem dixi. *Τῷ γὰρ νεμομένῳ*, inquit, *οὐ δίδοται* in rem: *οὐδὲ δύναμαι λέγειν, εἰ φαίνεται τὸν ἀγρὸν τοῦδε μὴ εἶναι*. Non dixit: non est actio negatoria prodita, ut hic scriptum est: sed in universum non datur actio in rem: ex quo intelligitur, ideo nec negatoriam ei esse proditam. Quo modo si legeretur; præterquam quod id diceretur quod per se verissimum est, nullam nimirum possidenti actionem dari, traditum in *d. L.* 1. §. *pen. uti pos.* effugeret etiam oratio vitium illud quod supra metuebamus. Statuit enim posterior pars diversum a priore, dum prius non possidenti etsi non datur negatoria actio, datur tamen aliqua, nempe confessoria. At ei qui possidet, nulla. Sed quoniam ne hoc quidem certo affirmare possumus, hæc verba *per quam neget rem actoris esse* non esse Justiniani, et in eo publice recepta ac constante scriptura prohibemur; videndum est potius quid commode dici possit receptam lectionem retinentibus. Ego vero non minus animadverto esse in ea quo per adversativam recte distinguatur posterior pars a priore, tanquam diversum continens; et nihilominus recte defendatur in utraque parte negatoriam actionem utrique generi actorum denegari. Hoc autem illud est quod initio sum complexus, dum quæ hic esset Justiniani ratiocinatio ostendi. Prius ergo dixit in controversiis rerum corporalium eum agere qui non possidet; eo quo solo intelligi volunt, ei actionem negatoriam non esse. Sed hoc ita dicit ut velit intelligi, ideo eum negatoriam actionem non habere, quia ad petendam rem suam natura eam actionem habere non possit. Post ei qui possidet, eandem actionem detrahit sed aliter. Non enim ideo dicit ei qui possidet actionem negatoriam non esse, quia eam habere non possit per rerum ipsarum naturam; nihil enim prohibet quo minus possessor rei cum turbatore ita experiatur, ut neget rem ejus esse, eoque et quiescere eum jubeat per judicem; nam et sic agitur interdicto, *L.* 1. §. *est igitur*, et §. *pen. D. uti poss.* sed, eum possit natura ita experiri qui possidet, non tamen ita agit, quia hæc actio jure ei non est. Cur autem non prodita? dicam paulo post suo loco. Atque hæc de ratiocinatione Justiniani dicta sunt, ut intelligeretur quam recte probaret hoc modo illud quod proposuit, in controversiis rerum corporalium actionem negatoriam proditam non esse. Nunc, si videtur, ipsas per se sententias quales sint consideremus.

XVII. *In his is agit qui non possidet.* Sententia verissima et perpetua, cum in rebus corporalibus, tum in servitutibus de quibus in rem agitur, semper eum agere posse in rem qui non possidet. In rebus quidem corporalibus ita comparata est in rem actio, ut nec alii detur quam non possidenti adversus eum qui possidet, §. *retinendæ, Inst. de interd. L. actionum, D. de obl. et act. L.* 1. §. *pen. uti poss.* In servitutibus autem, etsi ita in rem actio est de servitute, ut de ea agere possit qui est in possessione ejus juris de quo agitur; semper tamen constitit eum multo magis agere posse qui non sit in possessione, *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si servit. vind.* Merito; cum omnis in rem actio id spectet et in hoc sit comparata, ut res quæ abest non possidenti restituatur, *L. qui restituere, D. de rei vind.* Sententia quidem patet latius, si alibi per se posita legatur, et vim verborum quis consideret. Hoc enim significat solum eum agere qui non possidet; quo continetur ut, quemadmodum is recte agit qui non possidet, ita contra si quis possidet, agere non possit; quod et verum est. Sed quoniam de possessore separatim postea dicit Justinianus, ex sententia ejus intra verba consistere oportet, et dictum accipere de eo solo qui non possidet; quod autem ad possessorem attinet, ad sequentem clausulam referre. Idque ita facere necesse est, non tantum si sententiæ Justiniani servire volumus, sed etiam si manifestum vitium effugere ineptissimæ orationis. Nam, si dixisset solum eum agere posse qui non possidet, ut intelligeremus eum qui possidet non posse; inepte admodum idem inculcaret postea de possessore. Sed eo ineptius, quod in hac repetitione minus complecteretur quam prius; cum prius omnem actionem detraxisset possessori, postea detrahat solum negatoriam. Sed quoniam superiorem sententiam de rebus corporalibus eo spectare dicimus, ut significetur ei qui non possidet, in his rebus negatoriam actionem non dari, ita ut horum utrumque superiore dicto includatur; videamus et hoc posterius quam per se verum sit. Constat enim hoc loco hanc actionem dari in servitutibus, et in hoc distingui rerum corporalium controversias a controversiis servitutum. Ac si cui actio in rem danda est, ei maxime danda est qui ea potissimum indiget. Is autem est qui rem non possidet. Quod cum fit in rebus corporalibus, *L. actionum, D. de obl. et act.* tum etiam in servitutibus, ut paulo ante dixi.

XVIII. Cur ergo negatoria datur de servitute, de re corporali non datur; nisi quia

aut hanc actionem de servitute dari, aut eandem de re corporali non dari falsum est? Immo recte utrumque. Differentiæ rationem recte hoc loco Theophilus exposuit. Dicam tamen, si potero, planius. Commune hoc est omnium actionum in rem, tam in rebus corporalibus quam in servitutibus, ut ad rem aliquam judicio obtinendam, sive ea res corporalis est, sive rei nostræ libertas, unusquisque de jure suo agere debeat, non de alieno, ut est in *L. uti frui*, *D. si ususfr. pet.* id est debeat ita agere, ut dicat aliquid suum esse, non autem neget alienum. Non enim si probet non esse alienum, ideo vincit suum esse, cum possit esse tertii alicujus. Jam vero rerum corporalium natura hæc est, ut qui rem quam petit adversarii esse negat, non ideo affirmet hic quidquam esse suum; quæ res facit ut inutilis sit agenti negatio. In servitutibus contra hoc evenit pro rei natura, ut qui servitutem vicino se debere negat, vi ipsa eadem opera adstruat rei suæ libertatem, id est rem suam liberam esse intendat; ea enim res est libera quæ servitutem non debet, *L. loci*, *§. competit*, *D. si servit. vind.* Hoc autem qui intendit jam non negat sed affirmat; de suo jure agit non de alieno, ut est in *d. L. uti*, *D. si us. pet.* quæ res ex eadem regula hanc actionem ut confessoriam admittit exemplo quoque rerum corporalium, non ut negatoriam.

XIX. *Ei vero qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse.* Significat negatoriam actionem possidenti non dari; ea enim negatoria est per quam negamus rem esse adversarii. De negatoria solum loquitur. Quid ergo? an hæc sola possidenti non datur, dabitur autem confessoria? Ne hæc quidem: et omnino datur nulla. Actio, inquit Ulpianus, nunquam ultro possessori datur. Quippe sufficit ei quod possideat, *L. 1. §. pen. D. uti poss.* Cur igitur negatoriam solum nominavit, cum pariter neutra competeret? quia institutus sermo id solum postulabat; de negatoria enim solum proposuerat, tantumque opus erat probare hoc genus proditum non esse in controversiis rerum corporalium. Et quod alibi traditur, cum in una re aut in una persona quid ademptum est, in alia re aut alia persona relictum videri, *L. qui testamento*, *§. mulier*, *D. Qui test. fac. pos. L. cum prætor*, in princ. *D. de jud.* in voluntate obscura adimentis locum habet, non etiam tunc cum constat loquentem proposito adductum esse, ut de una tantum specie proposito conveniente loqueretur, multoque minus tunc, cum ex aliis partibus juris constat etiam in eo quod omissum est, idem esse ademptum; quorum utrumque in proposito contingit. Quid, quod ex eo quod negatoria hic detrahitur possessori, statim colligi debuit multo magis detrahi confessoriam? Mirum enim, si cui detur actio ad petendum quod habet; id quod facit confessoria, si datur possidenti. Non mirum, si datur negatoria; quæ spectare potest ad id quod habemus retinendum. Denegatur tamen hæc ipsa hoc loco possessori. Ex quo intelligi debuit multo magis denegandam confessoriam. Ratum sit igitur neutram competere possidenti, neque confessoriam, neque negatoriam; nec de confessoria hunc locum obstare, qui hoc confirmat potius.

XX. Sed cur actio possessori non datur? Namque enim frustra aut inepte mouuit hoc loco Justinianus de negatoria hanc non dari, quasi nemo posset sanus de eo dubitare. Alioqui non præclare, sed multo ineptius Ulpianus, qui generaliter de omni actione scripsit, nunquam actionem ultro possessori dari, *d. L. 1*, *§. pen. uti poss.* Cur ergo, inquam, non datur? Reddit rationem ibidem Ulpianus: quia *sufficit ei quod possideat.* Ratio idonea, sed hucusque, ut declaretur nullam fieri possessori injuriam, si non detur ei actio non necessaria. At si dicatur posse esse utiles has actiones ad rem nostram magis et citius obtineodam, quid prohibet quominus et hæ dentur cum aliis remediis ad rem tenendam comparatis? Scimus enim plerasque actiones, pleraque item remedia jure prodita propter utilitatem, atque adeo propter commoditatem solam, non quia sint necessaria; cum aliæ actiones et viæ ordinariæ iisdem de rebus possent sufficere. Mitto bonorum possessionem secundum tabulas et contra tabulas liberis suis heredibus propositam, res in utroque genere heredum sæpe non necessarias. Quam multæ sunt actiones hujusmodi ex contractibus, quasi contractibus, maleficiis suæ sunt propriæ actiones, quæ ad consequendum quod ex singulis causis debetur, sufficere possint; tamen de iisdem rebus proposita certi condictio, item triticiaria. Et in re furtiva quam multæ actiones concurrunt de eadem re; interdum ex contractu, semper autem condictio furtiva, vindicatio, ad exhibendum, *L. si pro fure*, *§. 1. D. de cond. fur.* Quæ sane vel una caussa justa est amplius de eo dubitandi, cur hæ actiones possessori sint denegatæ.

XXI. Ostendamus igitur non solum ideo has actiones possessori non dari, quia pos-

sessio ei sufficiat; sed etiam quia actiones sint ad id quod possessor petit, plane ineptæ et inutiles. Confessoria quidem ad id quod petitur etiam repugnans; ut etiamsi velimus, hæc possessori secundum naturam rei dari non possit. Est enim confessoria in rem actio ea quam supra definivimus, per quam scilicet petimus rem nostram quam eandem rem nostram esse affirmamus; hæc enim affirmatio confessio est, unde confessoriæ nomen. At hæc intentio possessori non convenit. Quomodo enim petat quod habet? quomodo petat sibi restitui ab eo qui non tenet, non habet restituendi facultatem? Immo vero hoc ipso quod se possidere dicit, utramque hanc petitionem excludit. Qui enim petit, ideo petit ut habeat; ac propterea fatetur se id nondum habere. Repugnant igitur hæc, intendere rem aliquam penes se esse, et nihilominus eam ab alio petere quasi non habeas. Sed et qui petit rem sibi restitui ab alio pugnat secum, si se possidere contendens simul dicat adversarium possidere, ut restituat: pugnat cum natura, si contendens rem penes adversarium non esse, tamen velit eum restituere. Nemo enim potest per rerum naturam restituere quod non habet. Quare natura rerum non patitur ut de ea re quam possidet, confessoria actione quisquam experiatur.

XXII. Non eadem negatoriæ actionis ratio. Cum enim possidenti possit fieri possessionis controversia; quid prohibet, ei actionem ultro dari, per quam cogatur adversarius amplius controversiam possessionis non facere; ipse securus possidendi facultatem consequatur? Hoc et natura rei recipit, et in servitutibus admissum est; neque id aliter quam negatoria actione, *L. pen.* §. *ult.* *D. si us. pet.* Nec quisquam dixerit hoc solum in servitutibus nec possidenti datum; nam et possidenti actio datur in hoc genere, ut mox dicetur. Quid, an non interdictum uti possidetis datur possessori cui fit controversia possessionis? *L.* 3. §. 1. §. *seq.* *D. uti poss.* Interdictum autem et ipsum actio est. *L. actio, D. de obl. et act.* Qui minus igitur detur actio negatoria, per quam quis sibi eodem modo possessionem tueatur? Et certe neque possessoris utilitas, neque per se actionis natura repugnat, si quis modo in actione nihil amplius obstet, quam quod actio est. Sed ad naturam actionis in rem, qualem nunc negatoriam intelligimus, est inutile. Est enim omnis actio in rem jure civili non ad possessionem rei constituendam prodita, sed prius ad dominium et jus plenum rei, de quo et judex prius pronuntiare debet; deinde eo, ut cujus res esse sententia judicis declaratum fuerit, illi et res restituatur. Sic observatur etiam in servitutibus, de ea servitute quam quis suam esse intendit confessoria actione, *L. sicut,* §. *sed si quæritur, D. si servit. vind.* Non dubium quin valeat et in negatoria actione de libertate, quam actor itidem suam esse intendit, *L. loci,* §. *competit, D. eod.* cum sententia intentioni debeat esse consentanea, *L. ult. C. de fid. lib.* Porro ut efficiatur rem nostram esse, negatoria non agitur, quippe quæ ad eam rem sit inutilis; nemo enim ideo se dominum esse aut rem suam esse confirmat, quia negat rem esse adversarii; cum fieri possit, ut sit neutrius. Non ergo vere tantum dictum est hoc loco, possessori negatoriam actionem non dari, cui consequens fuit multo minus dari confessoriam; sed etiam intelligitur quam recte dicatur utrumque, et ne supervacuum videatur de eo nos moneri, quæ fuerit de utroque dubitationis caussa.

XXIII. Nunc hoc monendi sumus dicta hæc esse in utraque actione de possessore rerum corporalium; jus ad servitutes non pertinere. Nam in servitutibus placet eundem possessorem juris esse posse et petitorem; id est et eum qui est in possessione servitutis, nihilominus de servitute agere posse confessoria; et eum contra qui est in possessione libertatis, posse de jure suo agere negatoria, quod traditur et declaratur exemplis in *L. etsi,* §. *sciendum, L. sicut,* §. *sed si quæritur, D. si servit. vind.* Non adversatur, quod hic simpliciter dicitur ei qui possidet, negatoriam actionem non esse proditam. Repetendum est enim illud quod proposuit in controversiis rerum corporalium, quod et repetiit initio hujus actionis; ait enim *nam in his is agit.* In his, intellige, controversiis rerum corporalium; et idem in tota ratione intelligendum est, si modo ratio ad id quod propositum est, recte refertur. Sed et illud Ulpiani simpliciter dictum, actionem nunquam ultro possessori dari, *d. L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* non ad alias res pertinet. Scriptum est enim ad interdictum uti possidetis, et de iis rebus de quibus competit interdictum; competit autem de rebus corporalibus et soli, *d. L.* 1. in pr. et §. *inter uti poss.* Postremo, ut nihil dicatur amplius quam actionem possessori non dari, ipsum possidendi verbum satis docet dictum hoc esse de rebus corporalibus: solæ enim possidentur res corporales: incorporales, quales sunt servi-

tutes, non possidentur. *L. 3. in pr. D. de acq. rer. do.* Ut appareat in his quæ de dissimilitudine actionum in rem diximus, cum de rebus corporalibus agitur aut de incorporalibus, duas has differentias statui inter istarum rerum actiones. Priorem hanc de qua supra diximus, positam in genere actionis, quod de rebus corporalibus negatoria actio nulla est; de servitutibus est prodita ei qui neget se servitutem debere. Alteram positam in possessione istarum rerum, quod in rebus corporalibus, sive est negatoria, sive confessoria, nunquam alterutra possidenti datur; in servitutibus utraque, tam ei qui possidet, quam qui non possidet. Ex quo incidit rursum res in dubitationem. Cur enim quæ actiones in rem in utroque genere rerum competunt, cum sint de rebus nostris quas petimus, non pariter competunt iis solis qui non possident; aut pariter omnibus, sive possideant sive non possideant?

XXIV. Sed quoniam jam ostendi rationem constare cur in rebus corporalibus actio possidenti non detur; solum relinquitur dubium cur idem non recipiatur in servitutibus. Dubitationem movet exemplum ejusdem actionis in utroque genere rerum. Augent hæc dubitationem. Nam si actiones de servitutibus in rem sunt, ut sunt, *L. 2. si servit. vind.* necesse est esse adversus possessorem, *L. actionum, D. de obl. et act.* Quod si adversus possessorem, is qui agit possessor esse non potest, quoniam duo eandem rem possidere non possunt, *L. 3. §. ex contrario, D. de acq. poss.* Sed et quod dicitur, necesse esse inter litigantes alium petitorem esse et alium possessorem, nec posse aliter rem expediri, *L. inter, D. de jud. §. retinendæ, Inst. de interd.* generaliter dictum est et ad omnes controversias pertinet, in quibus quid petimus a possessore. Quare non videtur jus pati ne in servitutibus quidem, ut idem sit et petitor juris et possessor. Sed et Ulpiani hæc ratio est quominus possessori detur actio; sufficit, inquit, ei quod possidet. Cur hæc non æque dicamus in servitutibus? Et de his sit hoc responsum, omnino in servitutum quoque controversiis alterum ex litigatoribus possessoris partibus fungi debere, alterum petitoris; aliter litem expediri non posse. Sed et de eo non dissimiliter statui atque in controversiis rerum corporalium, ut qui est in possessione ejus juris de quo agitur, is possessoris partes sustineat, etiam si maxime actionem instituerit; alter petitoris, *d. L. sicut, §. sed si quæritur, L. etsi, §. 1. D. si servit. vind.* Hoc dissimile, quod qui in ea possessione est, potest ultro agere de eo jure quod sibi defendit, sive is servitutem sibi vindicet, sive libertatem. Non impeditur hoc ratione Ulpiani superiore, sed efficitur; atque hic differentiæ ratio inter res corporales et servitutes constitit. Non datur, inquit, possessori actio, quia sufficit ei quod possidet. Propone aliquem pro possessore esse, cui tamen hoc non sufficiat ad rem tenendam. Continuo huic actionem dederis, quia cesset ratio quæ actionem adimebat, arg. *in L. quod dictum, D. de pact.* At hoc in ista quasi possessione servitutum accidit; quod non item fit in rerum corporalium detentione. Res corporales qui tenet, eas habet apud se, ut quandiu ita habet, non metuat ne sibi ignoranti auferantur. Denique sic habet, ut sint in ejus potestate, non alterius; quod illi ad justam securitatem est satis. At qui est in possessione servitutis, is nihilo magis servitutem apud se habet, aut habet in sua potestate. Servitus enim omnis, quia a re aliena debetur, etiam in alieno est, non in nostro; in ejus a quo debetur potestate, non in nostra; ut possit is quoties velit, et scientibus et ignorantibus nobis, prohibere nos usu servitutis. Ususfructus aut actus mihi constitutus est in fundo tuo, et te patiente aliquandiu sum usus servitute; qui usus me possessorem facit, *L. ult. D. de servit.* Tu tamen fundum occludere potes ut dominus cum videtur, et impedire usum servitutis. Tignum habeo immissum in parietem tuum; ego sum possessor, *d. L. sicut, §. sed si quæritur, si servit. vind.* Totum hoc tamen in tua potestate; licetque tibi efficere quoties velis ne immissum habeam, et invito, vel tignum præcidendo, vel parietem quo tignum immittitur diruendo. Quæ res facit, ut effectu nec servitutem possidere videar, sed adversarius; certe non ita possidere, ut mihi sufficiat quod possideam, qui non eo magis sum securus. Quamobrem merito hæc actio necessaria visa est, quo consequar fruendi utendive securitatem. *L. pen. §. ult. D. si servit. vind.* Eadem ratio libertatis, cujus nomine negatoria agitur. Nam et libertatis hujus possessio est in patientia vicini, qui nos possessione rei nostræ libere uti patitur; nec alia re interpellatur hæc libertas, quam cum aliquis facit nobis possessionis controversiam, nos nostra possessione uti prohibet, *L. 3. §. 1. §. seq. D. uti poss. L. vim facit, D. de vi.* Hæc autem patientia vicini res aliena est, non in nobis, sed in vicino; quam ille, si

aliquando præstitit, potest non præstare quoties velit. Eo nec satis eam libertatem videmur possidere, etsi cum agitur simus in ejus possessione; aut si quis possidere nos putet, non tamen sufficit ad securitatem quod ita possidemus. Quæ et ipsa caussa etiam hoc modo possidenti actionem negatoriam dedit, huc spectantem ne dominus in posterum inquietetur, ut loquitur Ulpianus in *d. L. pen. §. ult. D. si us. pet.* Illuc redeo quod hic dicitur, ei qui possidet negatoriam actionem non esse proditam; et quod alibi traditur generaliter, actionem nunquam ultro possessori dari, de actionibus rerum corporalium dictum esse; in servitutibus locum non habere, etsi hæ interdum dicuntur possideri.

XXV. Sed videndum, num falsum sit et in rebus corporalibus. Nam in *L. officium, D. de rei vind.* traditur dominum rem suam vindicare posse ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem; puta ab eo apud quem deposita est, vel cui commodata, vel qui conduxit, aut qui legatorum servandorum caussa, vel dotis ventrisve nomine, vel quia damni infecti nomine ei non cavebatur, in possessione est. Atqui hi omnes non possident, ut ibidem adjicitur. Sunt hi in possessione. Solus est dominus, qui per istos possidet, *§. possidere, Inst. de interd.* Sic fit ut qui vere possidet, idem recte rem suam vindicet ab eo qui tenet; atque ita detur actio, et in rem actio etiam ei qui possidet et quidem rem corporalem, quod supra negavimus. Et verissime dicitur eum qui possidet, posse rem suam quæ ab alio tenetur, petere ab eo qui tenet. Quo enim plus juris est actori in re possessa, eo citius ei actio in rem danda est ad rem suam obtinendam, dum is conveniatur qui potest conveniri; potest autem qui rem tenet et habet restituendi facultatem, *d. L. officium.* At dominus si possidet, hoc ipso plus juris habet in re possessa, quod possidet; sic enim accedit possessio ad jus dominii confirmandum. Quare, si potest dominus rem petere, etiam qui omnino non possidet, quod constat; multo citius ei dabimus actionem qui rem possidebit, si eam non teneat. Falsum ergo, dicet aliquis, aut contrarium quod dicitur cum hoc loco, tum ab Ulpiano, ei qui possidet actionem non dari. Immo verum utrumque, neque alterum alteri contrarium dum sciamus quem utrobique possessorem, vocemus. Cum dicimus eum agere posse qui possidet, si alius rem teneat, neque restituat; aperte possessoris verbo eum demonstramus qui vere possidet, et ea possessione quæ jure consistere dicitur, non corpore in *L. nemo, C. de acq. pos.* Cum autem dicitur simpliciter eum agere non posse, seu ei actionem non dari qui possidet; possessor intelligendus est is qui rem tenet et penes se habet, exigente ita natura et fine actionis de qua agitur. Videndum est enim cur id dicatur; nempe quia rei restitutionem persequitur in rem actio: quæ petitio non tantum supervacua est, sed etiam sæpe absurda in eo qui rem tenet. At est etiam necessaria ei qui, quanvis rem possideat, tamen corpore non tenet. Hic enim non minus laborat ut res sibi restituatur, quam si omnino non possideret. Quapropter et ei dabimus, postulante id fine actionis. Nec aliud sensit Ulpianus, cum dixit nunquam ultro actionem possessori dari, ut ratio ab eo subjecta declarat, *quippe*, inquit, *sufficit ei quod possideat.* Hoc quidem recte dicitur de eo qui tenet; de eo autem qui non tenet, quanvis possideat interpretatione juris, non recte dicitur. Nequaquam enim huic sufficit ista possessio quæ nihilo plus ei prodest, quam si nullo modo possideret. Nec mirum sit in actoris persona possessorem a nobis sic accipi, cum aut non possidenti dicimus actionem dari, aut possessori non dari. Nam et cum de reo agitur, sic et possessoris verbum accipi constat ex eodem fine et natura actionis. Traditum est enim diserte eodem auctore Ulpiano in *L. actionum, D. de obl. et act.* actionem in rem esse, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus; et semper adversus eum esse qui possidet. Hic vero convenit possessorem latius accipi eum qui rem tenet et habet restituendi facultatem, etiam si vere non possideat, id est non ut suam, non animo dominantis, *d. L. officium, de rei vind.* Non alia id quidem de caussa, quam quod convenit fini et naturæ actionis quæ nihil nisi restitutionem rei postulat. Sit ergo et possessoris eadem significatio, cum de actore dicitur possessori actionem non dari, quando et restitutionis quæ petitur, natura id postulat; quæ ei convenit qui tenet, necessaria est ei qui non tenet, etiamsi possideat. Ad quod confirmandum, cum accedant aliorum locorum sententiæ, et quidem ejusdem auctoris Ulpiani, quibus declaratur eum qui possidet, non tenet, rem vindicare posse; quin jam superiora illa verbis contraria de eo qui tenet interpretanda sint dubitare non debemus. Neque id solum significat Ulpianus in *d. L. Officium, de rei vind.* sed prope diserte expressit in *L. naturaliter, §. 1. D. de acq. pos.* cum ait non denegari ei interdictum Uti possidetis qui cœpit rem vindicare; non enim videri possessioni renuntiasse

eum qui rem vindicavit. Admittit igitur aperte eum rem vindicasse cujus possessio fuit, quam et post vindicationem retinet.

XXVI. *Sane uno casu.* Quod dixerat ei qui possidet, negatoriam actionem non dari, quo innititur multo minus dari confessoriam, eoque nullam dari; hanc habet significationem, ut is qui possidet, in rem agere non possit. Id quoniam sic accipi poterat, quasi nec effectu posset pro actore esse, id est partes actoris obtinere, ideo interpretatur, et hoc posterius quod videri poterat, removet ac velut excipit. Estque hæc sententia quasi ita scripsisset: sane quod dixi eum qui possidet non agere, non sic accipiendum est quasi nec possit agere, nec obtinere partes actoris. Etsi non agit, potest tamen actoris partes obtinere: Id valet, probandi onus sustinere, *L. si prius*, in fin. *D. de op. no. nunt. L. circa, D. de prob. L. inter, D. de jud.* hæ autem dicuntur actoris partes, quia is semper intendit aut dicit aliquid. Semper autem probatio ejus qui dicit, non ejus qui negat. Unde et probatio semper actoris, quatenus ei contradicitur, *L. 1. L. verius, D. de prob. L. actor, C. eod.*

XXVII. Quæ et ipsa res facit ut non sint hæ partes possessoris; qui ex hoc jure, etiam si dominus non sit, tamen actore non probante possessionem retinet, quamvis nihil ipse de jure suo aut dixerit aut probaverit, *L. qui accusare, C. de ed. L. ult. C. de rei vind.* atque inde dictum, illud onus petitoris, hoc commodum possessoris, *d. L. inter, de jud. §. retinendæ*, vers. *commodum infra de interd.* Potest ergo qui possidet actoris partes obtinere, ut probandi onus ei incumbat non secus quam actori.

XXVIII. Sed addit Justinianus fieri id *uno casu*, nec de casu quidquam exprimit; aut etiam vel leviter significat; tantum adjicit *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.* Quis est ergo iste unus casus? Et si lectio vulgaris recta esset aut ullo modo posset defendi, tentarem et ipse cum innumeris aliis, num posset hic casus et a nobis inveniri; aut ab aliis bene inventus, num quo modo recte posset constitui, ne toties de eo ambigeretur. Sed, si quod multi docti viri sentiunt, aperte falsa sententia et vitiosa lectio est, de remedio potius cogitandum cum illis, quam stulte laborandum in eo investigando; quod quia non est, omnino inveniri non potest. Quod et mihi vel maxime videtur. De quo tamen, quia dubitatur a maxima parte interpretum qui non sine caussa temeritatem istam correctionum non secus ac pestem fugiunt, et tanquam joculatorium quendam et puerilem ludum a certitudine doctrinæ et prudentia exclusum ad pueros relegant; visum est de eo certius aliquid dicere, ubi animus legentium et veri amantium fortasse acquiescat. Ne ergo in posterum lectionis istius vulgaris religio hic magnopere nos teneat, constitui docere, primum sententiam perspicue falsam continere, frustraque in ea ut ex Digestorum libris retinenda laborari; tum autem ne Justinianum quidem ipsum, aut quisquis auctor est, ita scripsisse, idque ex ipsis verbis posse constare. Primum non difficile est probare aperte falsam sententiam esse hanc, eum qui possidet, uno tantum casu actoris partes obtinere. Quam multi enim sunt casus et varii in quibus id accidit? Qui possidet, a quo res judicio petitur, innumeris exceptionibus se tueri potest ne condemnetur; puta quod de eadem re jam judicatum sit inter easdem personas; quod transactum sit; quod possessor longo tempore possidendo rem suam fecerit, et si quæ sunt similes. At in exceptionibus reus actor est, *L. 1, D. de excep.* Neque hoc aliud est, quam eum onus probandi, id est actoris partes sustinere, ut explicatur in *L. in exceptionibus, D. de prob.* Qui possidet, si patitur possessionis controversiam, agit interdicto Uti possidetis; propositum est enim hoc interdictum possessori, hujus ipsius possessionis tuendæ et retinendæ caussa, *L. 1. §. est igitur, D. uti poss. §. retinendæ, infra de interd.* Quod si agit, idem et probandi onus sustinet; quæ sunt, ut dixi, partes actoris, *L. verius, D. de prob.* In tribus judiciis duplicibus, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, quæ iis et adversus eos dantur qui res communes aut confines possident, singuli et actores sunt et rei, *L. judicium communi, D. fin. reg. L. inter, §. qui familiæ, D. fam. ercisc.* Ergo et reus qui possidet, quoniam in his actor est, etiam in his actoris partes sustineat, necesse est. In præjudiciis et hoc evenit, ut quoties operæ petuntur a liberto aut quid aliud ab eo desideratur, si libertus neget, reddatur præjudicium seu actio præjudicialis patrono; in qua is qui se patronum dicit, probare debet se patronum esse et ita partibus actoris fungi, quamvis forte is possessor fuerit, et libertus in possessione libertinitatis, *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. si lib. ing. esse dic.* An ergo hic unus casus, ac non potius prope innumeri, in quibus qui possidet idem et actoris partes obtinet? Vertamus nos in omnes partes quas volemus; si vel in his casibus solis (sunt enim etiam plures, ut in eo qui ultro

suscipit in se partes probationis ex *L. circa*, *D. de prob.* ut in eo, in quem, quia rem non defendit, transferuntur partes actoris in *L. si prius*, *D. de op. no. nunc.* de quibus nonnihil postea) si, inquam, vel in superioribus solis de quibus constat, is qui possidet actoris partes obtinet; necesse est falsum esse uno tantum casu qui possidet, has partes obtinere. Contraria enim sunt, atque adeo ajenta et negantia, non amplius quam uno easu hoc contingere, et idem contingere pluribus casibus quam uno. Atque hoc quidem ita necesse, ut nullo ingenio possit infirmari, nisi quid adfertur quo probetur sententiam Justiniani non pertinere ad superiores casus. Sed manifestum est omnes verbis ejus definitionis contineri. In omnibus enim est qui possidet, et idem actoris partes obtinet. Nihil autem amplius dicit Justinianus, quam eum qui possidet interdum partes actoris obtinere.

XXIX. Immo, aiunt quidam, ad eos casus definitio Justiniani non pertinet, quoniam in his proponitur quidem is qui possidet et idem qui partes actoris obtinet; sed huc accedit, qood et possessor iste prius agit, ut in interdicto Uti possidetis, in duplicibus judiciis, in præjudicio; aut pro actore babetur, ut in exceptionibus; sic deinde tanquam actor non mirum si partes actoris obtinet. Justinianum autem loqui volunt de eo tantum qui possidet, et ut possessor tantum non ut actor actoris partes obtinet. Quod perspicue refellitur, primum quidem verbis, magis tamen reipsa et falsitate ipsius sententiæ. Verbis quidem aperte. Ut enim jam dixi, nihil amplius scribit Justinianus quam eum qui possidet, nihilominus actoris partes obtinere. In superioribus autem casibus, is qui possidet nihilominus actoris partes obtinet totidem verbis. Quare ad hos casus definitio omnino pertinet. At enim in his is qui possidet prius agit, aut pro actore est. Plane; sed et iste verbis definitionis continetur. Nam qui ita agit aut pro actore habetur, nihilominus possidet. Unde recte ita dicemus, pro perpetua regula interpretationis apud omnes juris auctores recepta: Justinianus generaliter loquitur de eo qui possidet, nec adjicit, qui actor non est aut pro actore non habetur. Proinde quisquis possidebit et nihilominus obtinebit partes actoris, is continebitur Justiniani definitione; parumque refert an prius agat, an vero aliter tantum sit possessor. Perpetua hæc collectio est veterum in similibus orationibus generaliter scriptis, ut in *L. metum*, 9. §. 1. *D. Quod met. cau. L. item veniunt*, §. *petitam*, vers. *a quo*, *D. de her. pet. L. de pretio*, *D. de public.* Sed in primis refellitur ista sententia re ipsa, cum ita statuit posse aliquem possessorem actoris partes obtinere, qui possessor tantum sit, nec prius habeatur pro actore; atque adeo de hoc solo definitionem Justiniani intelligendam. Nunquam enim possessor aut reus quisquam partes actoris sustinere potest, nisi sit quod probare cogatur; hæ enim sunt, ut dixi, petitoris partes, necesse habere aliquid probare, *d. L. si prius*, *D. de op. no. nunc.* Nunquam autem quisquam has partes sustinet, nisi qui aut prius agere cogitur, aut conventus, prius intendit aut dicit aliquid quod probare debeat; nam quid aliud probare pebet, quam id quod dicitur; aut cui probatio incumbit, nisi ei qui dicit? non enim unquam incumbit ei qui negat, *L.* 2. *D. de prob. L. actor*, *C. eo.* At quisquis dicit aliquid, etiam si sit reus, in eo quod dicit, actor est aut, si malumus, pro actore habetur, ut reus in exceptionibus et allegationibus suis omnibus; unde et in his onus probandi sustinet, *L.* 1. *D. de exc. L. in exceptionibus*, *D. de prob. L.* 1. *C. eod.* Vel ipse ille casus quem isti pro exemplo adferunt, in quo possessor non sit actor et nihilominus actoris partes sustineat, abunde id ostendit quod dixi, atque ipsos refutat. Proponunt speciem Africani ex *L. si prius*, *D. de op. no. nunc.* in qua possessor ædificii conventus confessoria actione, si ædes non defendit de quarum servitute aut libertate agitur, actoris partes sustinere cogitur, quanvis nec egerit prius nec exceptione ulla sit usus. Sed animadvertere debuerunt id quod est in principio ejus responsi, eum qui illic rem non defendit ideo cogi sustinere partes actoris, quia et prius agere cogitur; sic enim Africanus: *partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum cum quo ageretur cavere juberet, non prius se ædificaturum, quam ultro egisset jus sibi esse altius ædes tollere.* Agit ergo prius reus et intendit jus sibi esse altius ædes tollere; sic deinde quia actor est et intendit quid, id quod intendit probare cogitur. At agere hoc modo cogitur. Nihil nunc ad rem pertinet quomodo agat, volens an invitus. Satis est quod agit, nec prius ad partes probandi venit, quam ita egerit; ut semper verum sit neminem partes actoris sustinere, nisi qui prius actor sit aut habeatur pro actore; quod isti negant, nos affirmamus, et vel uno hoc exemplo abunde declaratur. Quod, ut dici non posset, tamen semper illuc redireemus, Justinianum nihil amplius dicere, quam eum qui possidet interdum actoris partes obtine-

re, nec quidquam adjicere de possessore, agat prius an secus. Id cum certo accidat in superioribus casibus, totidem verbis quibus definitio Justiniani expressa est; plane efficitur id non contingere uno tantum casu. Nunc cum hoc accedat, ut nunquam possessor quisquam obtineat partes actoris, nisi prius se pro actore gerat, aut vere agens aut intentione et defensione aliqua utens; res eo deducitur, ut nec de alio possessore Justinianus sentiat; eoque necesse sit, ut is possessor de quo sentit, innumeris pene casibus actoris partes obtineat, non uno dumtaxat. Etsi autem hoc plus quam satis est ad refellendos omnes eos qui unum hunc casum statuere conantur, quia quemcunque attulerint, semper in promptu erit opponere superiores in quibus idem statuatur; tamen ne qua sit hæsitatio, operæ pretium est cognoscere quem alii isti casum esse velint, in quo uno qui possidet, actoris partes obtinet. Sic enim certius intelligetur quam id falsum sit, nec aliis auctoribus magis quam iis ipsis qui id statuunt. Non enim qui hunc casum unum quærunt, sentiunt idem; sed ita discrepant inter se sententiis, ut quem casum unus statuit, statim is illi ab aliis eripiatur. Mitto ea quæ hic afferuntur ab Accursio, quæ nec speciem veri habent, et ab aliis omnibus satis refutantur. Dicam quæ allata sunt ab iis qui in hac re plus aliis vidisse existimari possunt.

XXX. Fuerunt ergo nostra ætate qui hunc casum statuerent in interdicto Uti possidetis; hac ratione scilicet, quod in hoc interdicto solum accideret ut simul quis possideat et nihilominus agat. Falsa, et ad id de quo quæritur, plane inepta sententia. Falsa, quia accidit hoc idem in duplicibus judiciis, et in præjudiciis interdum, ut ostendi: accidit in servitutibus, *L. etsi*, §. 1. *si ser. vind.* Inepta, quia ad rem plane non pertinet, nec quidquam efficit pro eo casu de quo quæritur. Esto enim qui possidet uno tantum casu agat. At certe qui possidet non uno casu partes actoris obtinet; de eo autem nunc agitur, an partes has obtineat, non an agat.

XXXI. Quidam hunc casum unum statuunt in servitutibus, de quibus hoc traditur in *d. L. etsi*, §. 1. *si servit. vind.* in his eundem possessorem esse juris et petitorem. Deterius hoc multo quam superius. Primum, laborat iisdem vitiis. Nam, ut dicamus eum qui possidet in servitutibus, agere posse; etiam si contingeret solum hoc casu, tamen nihil ad hunc locum, ubi non agitur de eo possessore qui agit, sed de eo qui partes actoris obtinet. Quod posterius multis aliis in caussis accidit. Deinde hoc etiam falsum, in servitutibus solis eum qui possidet posse actorem esse. Et hoc multis aliis casibus accidere paulo ante indicavi. Sed accedit hoc tertium vitium majus, quod superiores eum casum adferunt in quo, etsi is qui possidet agit, et non agit solum eo casu quæ sunt aliena; tamen saltem idem actoris partes obtinet: id quod is casus cum hoc loco commune habet. Isti autem in servitutibus afferunt eam speciem in qua is qui possidet, etsi agit, tamen non actoris partes sustinet sed possessoris: hoc enim diserte ita traditur in *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si servit. vind.* quod plane pugnat cum hoc loco.

XXXII. Alii, his repudiatis, quod sane difficile non fuit, putant se hunc casum reperisse in ea specie Africani quam supra commemoravi ex *L. si prius*, *D. de op. no. nunc.* ubi in actione confessoria aut negatoria, si is cum quo agitur rem de cujus servitute aut libertate agitur non defendit, jam dixi placere in eum partes actoris transferri, ut qui prius erat reus ultro agere et partes actoris sustinere cogatur. Et quidem ego agnosco in hac specie eum casum, in quo qui possidet actoris partes obtinet. Sed jam satis ante docui non minus et hoc accidere in iis casibus quos initio proposui. Ex quo apparet ne hunc quidam esse unum casum, in quo accidat de quo nunc quæritur.

XXXIII. Si quid in hoc genere probabiliter dici potest, reperietur maxime id esse quod Petrus Bellaperticensis olim scripsit, casus istum unum de quo Justinianus loquatur, esse hunc, cum libertus qui erat in possessione ingenuitatis, et generaliter reus qui possidet, suscepit in se onus probandi suum esse quod intendit, ut hoc probato secundum se sententia feratur, juxta *L. circa*, *D. de prob.* Nam si verba ad vivum resecare volumus, hic unus casus esse videtur in quo vere et apposite dicatur possessor obtinere partes actoris; cum in cæteris omnibus superioribus potius dicatur actoris partes substinere, *d. L. si prius*, in fin. *D. de op. no. nunc.* Sustinemus enim inviti quæ imponuntur, ut in superioribus casibus. Obtinemus volentes quæ suscepimus, et quidem ea maxime quæ prius ultro petiimus; quod in uno hoc casu proposito contingit. Itaque non temere est quod Joannes Faber, et alii nonnulli idem sequuntur hoc loco. Et sæpe, fateor, exemplum me movit. Sed re diligentius expensa, animadverto totum hoc dici probabiliter et in speciem magis quam vere.

XXXIV. Eadem enim et in hoc casu probandi necessitas est quæ in superioribus: eadem, inquam, plane, non alia. Cur enim qui agit interdicto Uti possidetis probare debet se possidere? quia se possidere intendit et secundum id judicari postulat. Cur in exceptionibus reus possessorve exceptionem velunt intentionem probare debet? quia scilicet intendit quod est in exceptione, et hoc probato, secundum se judicari postulat. Atqui idem agit et intendit libertus qui ex possessione ingenuitatis se dicit ingenuum; idem possessor qui rem suam esse intendit, ubi hæc ita intendunt, ut secundum intentionem suam sententia feratur.: de qua specie agitur in *d. L. circa, de prob.* Neque vero ut id obtineant, sufficit dicere quæ intendunt, sed etiam eos intentionem suam implere oportet non minus quam superiores, *L. 2. d. L. in exceptionibus, D. de prob.* An non igitur hic eadem intentio possessori, et ex intentione eadem necessitas probationis? Plane isto modo per omnia. Non habet quidem necesse libertus suscipere has probationes, si satis habeat manere in possessione ingenuitatis, et pronuntiari se non esse libertum actoris. Sed si velit amplius pronuntiari ingenuus ut et se esse intendit, de quo liberto agitur in *d. L. circa*; non minus et hoc probare cogitur; alioqui non obtinebit quod intendit. Denique ita reperiemus nullam esse probationem in judicio intendenti quid et vincere postulanti, nisi necessariam. Si non vult quis intendere, aut cum intenderit, non studet vincere; liberum est ei non probare. At si velit obtinere quod intendit, hæc judicii lex est, ut sive actor est sive reus, probare necesse habeat; neque unquam solum dicenti creditur repugnante adversario, *L. si quidem, C. de prob. d. L. 2. D. de prob.* At enim in hoc casu liberum est liberto non suscipere probationes. Jam dixi esse liberum, si de ingenuitate non laborat vincere. Sin ingenuum se esse intendit, et hoc obtinere vult qualem nunc proponimus, nihil est certius quam eum probare debere. Neque hoc aliter fit in superioribus casibus. Nam qui agit interdicto, liberum est ei non agere et ita non suscipere partes actoris seu probandi. Et qui exceptione utitur, liberum est ei non uti et ita non implicare se necessitate exceptionis probandæ. Sed ideo isti probare coguntur, quia hanc necessitatem volentes sibi imposuerunt, ille agendo, hic exceptione utendo; et ambo id intendendo in quo obtinere studeant. Et si breviter dicendum est, in omnibus his casibus una inest necessitas probationis non absoluta, sed generaliter ea quæ dicitur consequentiæ, seu necessitas cum adjectione. Absolute nemo in his necesse habet probare. Potest enim quisquis non intendere quod intendit; nemo enim agere aut in judicio intendere quid invitus cogitur, *C. ut nemo inv. ag. vel ag. cog.* Sed et qui intendit potest pati se vinci. At hoc posito, ut quis quod intendit cupiat obtinere et secundum id sententiam ferri, consequens est ut id probare necesse habeat, alioqui non obtinebit. Quod et ipsum plane in hoc postremo casu contingit.

XXXV. Secundum quæ, facile est respondere de verbis, *obtinendi*, et *sustinendi*, quo intelligamus utrumque in superioribus omnibus casibus recte usurpari, et tribui ei qui probatione utitur. Quisquis partibus actoris, id est probandi fungitur in petitione aut intentione aliqua, si initium agendi et intendendi spectamus, recte dicitur eas partes obtinere ut hoc loco: quoniam ita agendo aut intendendo eas partes sibi imposuit: voluit enim agere, atque adeo ad victoriam has partes ultro expetiit. Sin spectamus id quod actionem et intentionem sequitur, dicendus est eas partes sustinere, quia hoc suscepto ut agat et intendat quid atque in eo vincat, sequitur ut quod intendit probare necesse habeat. Quare cum in hoc casu nihil dissimile sit a superioribus circa partes actoris et onus probandi: fit hic quoque idem quod supra, ut ne hic quidem unus casus sit in quo, potius quam in superioribus, is qui possidet, actoris partes ut obtineat volens, aut si malumus, sustineat invitus.

XXXVI. Sed et hoc de hoc casu postremo recte responderi potest; etsi concederemus in eo solum accidere ut recte diceretur possessor actoris partes obtinere, non sustinere; tamen aut de eo casu non sensisse Justinianum, ut proinde non deberit sententia Justiniani ad hunc casum referri; aut certe hunc casum non magis unum esse in hoc genere quam unus est in superioribus, in quibus quis probare cogitur et partes actoris proprie sustinere videri potest. De hoc quidem casu non sensisse Justinianum sic potest liquere. Apparet Justinianum de eo casu loqui qui sumetur ex Digestorum libris; ad illos enim nos revocat. Hic casus si inde sumitur, non alius erit quam qui expressus est in *d. L. circ., de prob.* Et vero Petrus inde sumpsisse se profitetur. Is autem est, cum libertus qui est in possessione ingenuitatis, et cum quo agit is qui se patronum dicit.

fiducia ingenuitatis suæ ultro in se suscipit probationes, ad hoc ut ingenuus pronuntietur. At hic casus huic loco et proposito Justiniani convenire non potest. Cum enim hæc verba *Sane uno casu* exceptionem aut interpretationem præcedentis sententiæ habeant; non possunt nisi de ea re esse de qua prior sententia est, ad quam referuntur vel in totum vel ex parte; quod proprium est exceptionis et interpretationis omnis ac temperamenti subjecti. Justinianus autem prius dixerat de eo qui possidet rem corporalem, cui negavit actionem dari. Quare, si hoc temperare vult in his verbis, ut vult; necesse est exceptio vel interpretatio sit in totum vel ex parte de re corporali. Porro ingenuitatis caussa quæ sumitur ex *d. L. circa*, nulla ex parte est de re corporali. Quo efficitur neque hunc casum convenire huic loco, neque de eo Justinianum sentire; ut profecto non debeat dici possessorem in eo casu partes actoris obtinere ex sententia Justiniani, ubi is de eo non senserit. Quod si producimus *L. circa* et porrigimus hunc casum etiam ad caussam proprietatis in judiciis rerum corporalium, quo possessori potestas fiat probandi rem suam esse, ut sic deinde secundum eum judicetur, ut fecit Petrus; non jam is unus casus est qui legitur in *d. L. circa*, sed plures; ut sive agatur ingenuitatis caussa, sive libertatis, sive partus, sive proprietatis, hæc facultas suscipiendi in se probationes admittatur; et qui suscepit, eum possideat, nihilominus partes actoris obtineat. Sed nihil opus est hac defensione, quamvis per se abunde idonea, ut probetur ne hic quidem unum casum esse eum de quo hic agitur. Illud tenendum est, etiamsi hic locus caussam ingenuitatis admittat, et unus sit hic casus in quo quis probationes ultro suscipiens audiatur; tamen in hoc casu eadem esse omnia propter quæ dici debeat eum qui possidet actoris partes vel obtinere vel sustinere, similiter ut in superioribus casibus omnibus. Nam et in hoc casu, qui suscipit in se probationes de ingenuitate sua, prius ingenuum se esse intendit, et in hanc intentione actor est, non secus quam qui alias res sibi vindicat, aut reus qui exceptionis intentione utitur; et præterea, intentione ad victoriam suscepta, sequitur non minus ut necesse habeat probare intentionem. Quæ si omnia eadem sunt et in hoc casu et in omnibus, in quibus qui possidet actoris partibus fungitur, ut is pariter recte dicatur partes actoris obtinere et sustinere; cum appareat hos casus non solum plures esse, sed etiam pene innumeros; perspicuum fit nihil magis verum aut ratum haberi debere, quam non uno casu eum qui possidet partes actoris obtinere eodem modo; nempe et intendentem quid, prius et ab initio volentem, intentione autem suscepta coactum. Nihil autem magis falsum, quam uno tantum casu id contingere. Quid ergo? recedemus a lectione vulgata constanter recepta pene in omnibus exemplaribus; quam eandem jam olim ab initio Accursius et qui ætate superiores erant, solam agnoverunt? Sane vero hoc relinqui apparet, nisi aperte falsum tueri volumus. Nam quominus id ita falsum sit ne Justinianus quidem ulla auctoritate sua efficeret; atque adeo ne principes quidem omnes in unum collecti. Illud potuit efficere Justinianus ne, amplius quam uno casu, is qui possidet actoris partes obtineat, ubi eum casum exprimeret. At ut verum sit plures non esse in Digestorum libris quam unum, ubi liquido constet plures esse, hoc vero non potuit. Quod cum ita sit, melius est omnino hic errorem scribentis, etiam auctoris ipsius (sive ea incogitantia est sive nimia in scribendo festinatio) agnoscere, quam sententiam tam aperte falsam admittere. Qui est enim cui aliquando in scribendo aliqua particula non excidat, aut alia pro alia in calamum non obrepat? Et hoc quidem in voluntate et sententia etiam obscura Justiniani admittendum fuerit.

XXXVII. Quid ergo, si probamus nec Justinianum aut auctorem hujus loci scripsisse *uno casu* aut de uno casu sensisse, quidquam caussæ dici potest cur non jam etiam ex voluntate scribentis lectionem mutare debeamus? Id vero ex ipsis verbis hujus loci potest demonstrari, quæ ego paucis expendam. Primum apparet Justinianum in hac sententia voluisse affirmare, aliquo casu eum qui possidet partes actoris obtinere. At si scriptum est *uno casu* nihil affirmat, nihil dicit. Quare aut hoc non scripsit aut scriptum non voluit. His autem verbis *sane uno casu* nihil eum docere aut affirmare eo casu certum est. Nam primum hunc casum non exprimit verbis; addit demonstrationem, sicut in latioribus Digestorum libris apparebit. Sed non est ea demonstratio unde is casus intelligatur; atque adeo tam non notat ea demonstratio hunc casum, quam si omnino adjecta non esset. Nam, ea non adjecta, omnes intelligerent hunc casum aut ex Digestis aut ex aliis libris nostris petendum esse. Ea adjecta,

nihilo plus intelligimus quam ante. Omnino vero ex Digestis quam late patent, hunc casum sumi non potuisse eventus declaravit. Quæritur enim is casus ab innumeris tot annis, et quidem sedulo: sed infelix labor, quo quæsitus tam diu et anxie, nundum est inventus. Præterea si unum casum intelligere voluit et eum a nobis sciri, ut certe voluit, cum indicarit ex Digestis, atque hoc cognito, pro non dicto esset quod hic dixisset; oportuit aliquam esse caussam, si non justam, at certe probabilem cur eum ubi opus erat non expresserit, sed potius de eo nos ad Digesta ablegarit. An ergo fuit commoditas docendi quod hic casus facilius et plenius ex Digestis cognosci posset? At jam dixi tam hoc nun facile ex Digestis sumi posse, ut nemo adhuc exstiterit qui eum invenerit aut etiam attigerit quid de eo, nisi sibi diffidens et divinabundus. An potius brevitati consulere voluit quæ conveniebat Institutionibus? At tam facile et cito dicere potuit: sane in servitutibus: sane in interdicto Uti possidetis: sane in specie Africani sub titulo *de oper. no. nunc.* aut sane eum reus ultro probationes in se suscepit: horum, inquam, unumquodque tam cito potuit dicere et tam paucis verbis, atque adeo paucioribus quam hoc modo *sane uno casu qui in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit.* Non ergo scripsit unum casum, ut eum demonstraret potius ea demonstratione quæ non intelligitor, quam expressione ea quæ facilior et brevior esse potuit. Tertio loco considerctur quod ait ideo se hunc casum non exprimere, quia apparebit alias ex Digestis opportunius. Atqui si nunquam possessor actoris partes obtinet nisi uno casu, et visum est Justiniano de eo hic præcipere; nusquam opportunius fuit atque adeo magis necesse de eo commoncfacere quam hoc loco, ubi et de actione in rem agebatur, et ipse eam sententiam ex professo posuerat, quæ hanc expressionem requirebat, si quid in ea sententia vellet intelligi. Quapropter unum casum non dixit cujus expressionem necessariam omisit, et in alium locum non necessario rejecit. Quarto loco expendatur verbum *apparebit* quo utitur: *sicut*, inquit, *in latioribus Digestorum libris apparebit.* Hoc quivem verbum ad unum istum casum accommodari non potest. Jam enim ostendi, etsi quis hunc casum alicubi esse concederet, tamen tam eum ex his libris non apparere, quasi qui quærenti ultro et facile sit obvius, ut ne quæsitus quidem magno conatu ac tot annos, ulli sit inventus qui de eo sibi certo polliceri auderet. Nos insuper nec ullum esse istum casum liquido probavimus. Postremo, ut unum casum inveniremus, quid opus fuit adjici *in libris Digestorum latioribus?* nam ad unum casum inveniendum sufficiebant vel paucissimi et brevissimi libri, si modo in his usquam hic casus exstaret. Quorum nihil cum uni casui conveniat, oratio ipsa indicat auctorem de uno casu non scripsisse aut certe non sensisse. Quæ cum in scriptura vulgari concurrant, ut et sententia per se falsa sit, et non dubiis argumentis colligatur auctorem non ita voluisse; an dubitamus scripturam esse mutaodam, et ad eam speciem traducendam quæ careat vitio et reliquæ orationi conveniat? Falsa sententia facit ut velle debeamus mutare; voluntas scriptoris, ut sine periculo possimus.

XXXVIII. Et tamen hoc ipsum faceremus timidius, nisi ad certam superiorum demonstrationem etiam aliorum quorundam exemplarium auctoritas accederet. Nunc autem magni nominis ac fidei Jurisconsulti duo testes sunt hoc loco aliter se hunc locum legisse in aliis exemplaribus, quod et illi secuti sunt: Æmilius Ferretus, et Eguinarius Baro. Ille hoc modo, *Sane non uno casu;* hic autem, *Sane in hoc casu.* Holomanus et ipse locum emendandum esse assentiens, conjecturam animi secutus reposuit *Sane ille casu;* quod idem est cum posteriore illo Baronis. Nam *in hoc* significat in hoc de quo nunc principaliter agitur in hoc §. *æque*, id est in servitutibus, *In illo* autem, valet in illo superiore, id est servitutibus de quarum actionibus prius dixerat, et quarum tractationem intersecuerat, postea de rebus corporalibus nonnihil interserendo. Aliis verbis eadem sententia. Videndum ergo utrum ex his sumamus ad emendationem, an vero utrumque ferre possit locus. Et hoc posterius de servitutibus plane huic loco non convenit, et per se falsum est, ut dicamus in hoc casu, id est in servitutibus eum qui possidet nihilominus partes actoris obtinere. Nam ut ante indicavi, potest in his qui possidet idem et agere; sed non item actoris partes obtinet, verum possessoris, uti et ipse re vera possessor est. *L. etsi*, §. 1. *L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si servit. vind.* Deinde si hunc casum certum exprimeret, ut diceret eum qui possidet in servitutibus agere quoque posse, satis dixerat, superfluumque erat ne dicam ineptum addere, sicut in latioribus Digestorum libris apparebit. Superfluum; quia non est necesse quodcunque in his libris Institutionum dicitur mo-

nere etiam in Pandectis esse, etiam si illic idem tradatur, alioqui in omnibus fere periodis id addi oporteret; quod nequaquam hic factum videmus. Si quid idem sit in Pandectis, bene est; si non sit, nihilominus, quod hic traditur suam auctoritatem per se obtinet, tributam his libris in proœmio. Ineptum adjici; quia in servitutibus eundem esse possessorem juris et petitorem non in libris latioribus Digestorum dicitur, quasi quærendum sit ex pluribus libris et his latioribus; sed dicitur uno tantum loco, aut item altero, et his quidem brevissimis et sub uno titulo positis, *d. L. etsi*, §. 1. *d. L. sicut*, §. *sed si quæritur*, *D. si servit. vind.*

XXXIX. Restat igitur ut ita legamus *Sane non uno casu*, nisi malumus ad veterem scripturam accedentes propius pro *Sane* legere, *Sed non* aut *Sed nec*, totidem pene literis, certe finitimis et eodem modo incipientibus particulis; ut sit Sed non uno, aut Sed nec uno casu; ut primo cum ita scriptum esset, post factum sit Sed ne; quod cum non intelligeretur, repositum Sane, quod contextui et exceptioni magis conveniebat. Et quidem illud *Sed* magis expressisse videtur Theophilus quam *Sane*, ita scribens, ἔν τινι δὲ θέματι Sed quo modo ex his legamus, ad sententiam quam volumus nihil interest. In omnibus enim eadem hæc sententia est, non uno casu accidere quod hic traditur. Verumtamen ad structuram orationis illud melius, et ad præcedentia temperanda aptius *Sane non uno casu*, quomodo se alicubi legisse testatur Ferretus. Utcunque hoc aut illa placebunt, negativa oratio retinenda omnibus modis. Primum, quia sententia ipsa per se est verissima, falsa contraria, ut supra abunde et liquido probasse mihi videor. Deinde, quia oratio est ejusmodi quæ solo conveniat huic loco, utpote cum præcedentibus recte cohærens eaque optime temperans; cum sequentibus autem ita affecta, ut hanc solam sequentia exigant ita scripta, ut non alii convenire possint quam ei qua dixit, non uno casu eum, qui possidet acturis partes obtinere. Ad priora refertur hoc modo, ut et initio attigi. Prius dixerat ei qui possidet non esse actionem proditam de re corporali. Id ne quis ita interpretetur, quasi nec agere qui possidet, nec omnino actoris partes sustinere possit; ita temperat, ut dicat sane quidem eum agere non posse de re corporali qui hane possidet; at in universum, et in hoc genere rerum, et in rebus incorporalibus eum qui possidet actoris partes obtinere posse, idque fieri non uno casu. Sequentia autem hæc sunt: *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit*. Quorsum hæc, cum ad declarationem huius casus, aut plurium nihilo plus conferant quam si essent omissa? Nempe ideo subjecta, quia dixerat non uno casu superius illud contingere, id est contingere pluribus et variis casibus. Quæreret enim aliquis, quibus? quod si non enumeraret, saltem hujus rei rationem reddi oportuit, ne aut falso plures hos casus posuisse aut, cum posuisset, inepte omisisse videretur. Ergo his verbis rationem reddit cur eos nunc non persequatur aut indicet; perindeque est, quasi ita diceret: eos casus omnes colligere et recensere longum esset, minimeque huic loco aut brevitati Institutionum conveniens: melius igitur, atque opportunius ex latioribus Digestorum libris petere. Ex his vero plures esse hos casus, et quinam sint apparebit. Apparet autem in superioribus casibus qui, suis quique locis quæsiti, occurrent in Digestis. Ut jam non sit obscurum cur dixerit opportunius esse hæc petere ex Digestis, et cur in his inde cognoscendis usus sit verbo *apparere*. Cur addidit *latioribus*? hanc ipsam ob caussam quod hi casus plures sunt et varii, qui non uno aliquo in loco exstant in Digestis, sed varie et sparsim in latioribus Digestorum libris, unde et colligendi sunt.

XL. Sed refragatur gravis testis superiori lectioni Theophilus, apud quem et affirmativa oratio est ut in textu latino. Sic enim apud eum scriptum legitur: ἔν τινι δὲ θέματι μόνῳ. Verum quid vetat quominus dicamus et hoc scriptum mendose, atque ita legi debere, οὐκ ἔν τινι δὲ θέματι μόνῳ? quid enim prohibet mendum irrepsisse ex textu latino, ut quemadmodum illic vitiose legebatur affirmative, sic librarii qui textum Theophili excudebant, conferentes græca cum latinis pro οὐκ reposuerint ἐν, ut similiter affirmativam orationem efficerent? Quod inde fit admodum probabile, quod illud in, pro quo positum est ἐν non est in textu latino; ut, si recte expressit Theophilus, ne id quidem adjicere debuerit. Ac si pro ἐν reponendum est aliud, nihil est literis finitimum magis quam οὐ, vel ante vocalem οὐκ. Quo posito, etiam verissima sententia efficitur. Sed conjecturæ hæ sunt, quibus si nihil aliud cogat ad certitudinem veri, nihil ne ipse quidem quidquam aut multum tribuo. Sed rem ipsam specto; hoc amplius quid oratio ipsa per se ut aptum necessario flagitet, quid ut alienum rejiciat considero. Quæ si hic spectantur, vincet ratio non aliter legi posse aut debere quam *Sane non uno casu*, aut

*Sed non uno casu*, aut *Sed nec uno casu*; ex quibus illud optimum *Sane non uno casu*, ut et apud Theophilum οὐ ἐπὶ δὲ θέματι μόνῳ. Hæc scripsi pluribus, tum quod res plerisque nova desiderabat certiorem probationem, tum ut esset de hoc loco tantopere ac tamdiu controverso aliquando certandi finis, cognita ea sententia et lectione in qua acquiescere oporteret. Quod aliter consequi me posse non putavi quam si, vera sententia certis rebus confirmata et contrariarum inanitate detecta, etiam lectio ipsa adversus omnem metum temerariæ mutationis quam optime posset, muniretur.

## SED ISTÆ QUIDEM.

## §. III.

*Divisio secunda actionum principalis hic non est, sed est interpretatio superioris.* I.
*Civilium et prætoriarum actionum divisionis hoc loco finis atque usus.* II.
*Actionum omnium in personam caussæ.* III.
*Civiles actiones in personam cur hic omissæ in totum: prætoriæ paucæ cur expositæ.* IV.
*Actionum in rem tam civilium quam prætoriarum caussæ, et hinc earum species.* V. VI.
*Istæ actiones quarum mentionem habuit, de quibus actionibus intelligendum.* VII. VIII. IX.
*Legitimum quod ex quavis parte juris civilis descendit, ut eadem sint legitimum et civile, ut et hoc loco.* X.
*Civile quid, et cur per excellentiam id quod non est prætorium.* XI.
*Caussæ actionum civiles quæ.* XII.
*Caussæ actionum civiles nullæ ex iis partibus juris antiqui quæ dictæ sunt interpretatio prudentum, seu jus civile, et legis actiones.* XIII.
*Comparatæ actiones quæ constitutæ; et ratio nominis.* XIV.
*Jurisdictio Prætoris quibus in rebus sita.* XV.
*Ædilitiæ actiones prætoriarum verbo comprehensæ.* XVI.
*Prætoriæ actiones et obligationes solum quæ sunt a Prætore constitutæ, non etiam quæ comprobatæ. Civiles etiam quæ comprobatæ jure civili, et cur.* XVII.
*Noxalis actio adversus eum qui servum nocentem desiit dolo malo possidere, prætoria, non civilis.* XVIII.
*Necessarium.* XIX.
*Lectio hujus loci quæ recta.* XX.

Sed istæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus caussis descendunt. Aliæ autem sunt, quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam, quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere, ut ecce: Plerunque ita permittit Prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.

I. Non traditur hoc loco principalis aliqua divisio actionum sejuncta a sententia et portione superioris, ut scilicet quædam sint actiones civiles, quædam prætoriæ, neque hoc ad superiorem referatur; sed sit hæc secunda actionum divisio hujus tituli per se consistens, ut vulgo parum, ut arbitror, attente tradunt; sed divisio necessaria est, pars quodammodo et appendix superioris. Certe quidem ad ejus interpretationem tota collata. Nam primum non novam divisionem se proponere præfatur, ut facit in sequentibus divisionibus; sed aperte priorem divisionem persequens, interpretatur quod in ea obscurum erat. Quod enim in ea divisione quasdam actiones specialiter expresserat, sic accipi potuit, quasi hæ et similes solæ essent ex utroque genere. Nunc hoc dicit non ita se id accipere; sed istas actiones quarum mentionem habuit, non esse solas hujus generis; esse enim et alias prætorias, tam in rem quam in personam. Quod nihil aliud est quam explicare de quibus actionibus superior divisio actionum in rem et in personam sit accipienda. Deinde non dicit actiones de quibus locutus est esse civiles, sed

descendere ex caussis civilibus, significans actionum hujus generis caussas quasdam esse civiles. Cui membro cum subjiciat per adversativam alias esse actiones tam in rem quam in personam a Prætore comparatas, aperte ostendit hoc se intelligere, alias esse quæ nascantur ex caussis prætoriis; eoque et utriusque generis caussas quasdam esse civiles, quasdam prætorias. Quod et ipsum prioris divisionis interpretatio est, hoc explicans, quibus ex caussis actiones tum in rem tum in personam nascuntur. Hoc vero non est divisionem novam principalem instituere: sed in priore perseverantem explicare utriusque generis caussas, sine quibus nulla sit neque in rem neque in personam actio.

II. At enim proponit aperte hanc divisionem, ut quædam sint ex civilibus caussis, quædam prætoriæ. Plane; sed divisionem huc spectantem, ut explicentur caussæ superiorum generum, quæ singularum partes sunt vel maxime; certe res sine quibus hæc genera non sint omnino. Quod enim dicuntur quædam actiones in rem esse, quædam in personam, huc solum spectat ut sciamus, pro natura cujusque, cui detur et in quem actio. Ut autem cui detur et in aliquem, non nisi justis et certis de caussis contingit. Ita ad divisionem et hæc genera cognoscenda, omnino quæ sint hæ caussæ cognosci necesse est. Id quod assequimur cognitione earum actionum quæ ex utroque genere sunt, partim ex jure civili, partim ex jure prætorio. Quot enim sunt hæ actiones utroque jure proditæ, tot sunt et agendi caussæ distinctæ. Atque huc divisionem hanc et enumerationem prætoriarum actionum referri oportet. Hunc scopum atque usum hujus divisionis qui non animadvertit, non temere effugiet quin cogatur fateri et Justinianum parum commode divisisse, et non magnum admodum usum esse hujus divisionis. Non recte ille, si novam divisionem principalem instituens, non recta et aperte ad hanc transiit ut facit in reliquis; sed quasi in priore maneret et hanc interpretaretur, ita verbis exceptionem aut correctionem, aut breviter interpretationem significantibus usus est; ut diceret *Sed istæ quidem* quarum mentionem habuimus. Non recte ille, si cum posset breviter et dilucide dicere actiones omnes aut civiles esse, aut prætorias seu honorarias, ut est divisio in *L. actionum*, in fin. *D. de obl. et act.* ipse inani circuitione usus, dixit priores de quibus locutus erat descendere ex legitimis et civilibus caussis; alias autem esse quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet. Usus autem hujus divisionis perexiguus reperietur, si hoc tantum in ea quæritur ut sciamus quæ actiones sint jure civili proditæ, quæ jure prætorio. Utro enim jure actio prodita sit, ad vim actionis et jus nostrum consequendum nihil interest; cum non minus actio prætoria reum teneat quam civilis. Auctor ad historiam cognoscendam valet; ad jus nihil facit, si alias actionem jure constitutam esse constat. Sit ergo, ut dixi, hic usus divisionis, ut quoniam omnis actio tam in rem quam in personam, (quæ divisio instituta est) datur alicui et in aliquem, idque ex caussis utriusque generis est æstimandum, quando pro distinctione actionum civilium et prætoriarum accidit, ut distinguantur et agendi caussæ, et pro unoquoque genere varie quoque constituantur agenti tam in rem quam in personam.

III. Quæ cognitio cum ad divisionem institutam, vel potius ad jus agendi cujusque tantopere pertineat, consultum est eas caussas ad istum usum diligenter cognitas habere; quas ideo nunc summatim proponam tantum ut genera sint nota, quæ notata suis locis, tum deinde ex his ipsis singula plenius petantur. Et de actionibus in personam expeditior præceptio est; verissimum est enim illud et perpetuum quod supra dixi in §. 1. agendi caussam, quæ quidem proxima sit, unam esse omnium actionum hujus generis communem, obligationem, seu si is cum quo agitur sit nobis obligatus. Hanc quidem supra posuit in *d.* §. 1. Etsi autem videtur nunc scribere se intellixisse civiles caussas quas prius posuit, eoque et obligationem de qua prius in actione in personam locutus erat, civilem intellexisse; tamen ne prætoria quidem caussa alia est actionis in personam quam hæc ipsa; semper enim agitur in personam adversus eum qui nobis obligatus est, ut est generalis definitio actionum in personam in *L. actionum. D. de obl. et act.* Esse autem hanc illic definitionem generalem, pertinentem tam ad prætorias actiones in personam quam ad civiles, declarat divisio ibidem subjecta; qua actiones quæ prius definitæ erant sic dividuntur, ut dicantur omnes esse aut civiles aut honorariæ. Et vero non aliunde dicitur actio in personam, quam quod personam sequitur ipsam per se, non rem cujus nomine agitur, ut dixi suo loco. Nec potest actio quemquam sequi ad aliquid præstandum, nisi eum qui jure obstrictus est necessitate ejus rei solvendæ, quem obligatum dicimus, *tit. de obl.* in pr. supra. Ne caussæ quidem ipsæ proximæ et generales obligationis quas supra commemoravit in *d.* §. 1. id est contractus, quasi contra-

ctus, maleficium, quasi maleficium, aliæ sunt in actionibus in personam prætoriis quam in civilibus. Omnes enim obligationes tum civiles tum prætoriæ dicuntur esse ex bis quatuor caussis, eodem *tit. de obl.* §. 1 *et ult.* Sed species ipsæ istorum generum allo atque alio jure habentur. Quædam enim tenentur et vindicantur jure civili, quædam non nisi jure prætorio. Atque hinc scilicet illa divisio obligationum, ut quædam sint civiles, quædam prætoriæ, *d.* §. 1. *supra de obl.* unde rursum actiones in personam itidem partim civiles, partim pretoriæ, *L. actionum.* in fin. *de obl. et act.* uti nimirum ex obligatione nascitur in personam actio, *L. licet*, §. *ea obligatio, D. de proc.* Id autem ut intelligeretur, profuit hoc loco monere actiones in personam non tantum descendere, ut loquitur, ex civilibus caussis. sed etiam ex præturiis, idque ipsum exemplis ostendere: quod et fecit in §. *in personam* et aliquot sequentibus. Sed quæ sint illæ caussæ primæ ex quibus obligatio constituta est jure prætorio, unde et actio in personam, non magis ad hunc locum pertinet quærere, quam quæ sint illæ ex quibus obligatio et actio in personam nascitur jure civili, cum de utroque genere pariter hic agatur. Locus est ad obligationes et earum caussas pertinens: unde et earum rerum cognitio huc afferri debet. Et sunt hæ caussæ supra in argumento obligationum ut suo loco expositæ.

IV. Quam ob caussam factum videmus ut actionum in personam caussas istas et species civiles in totum omiserit hoc loco Justinianus, adeo ut ne exemplo quidem unius alicujus actionis civilis sit usus; prætorias autem caussas obligationum seu actiones attigerit quidem, sed ex innumeris paucas et velut exempli loco; nam cum enumerasset quasdam prætorias, subjicit in §. *pœnales quoque* alias esse ejusdem generis innumerabiles. Sed cur has etiam paucas inter prætorias attigit potius quam ullas civiles, cum non magis caussæ et species obligationum prætoriæ ad hunc locum pertinerent? Hoc ideo quod, ex his quæ ante exposueral de obligationibus, in ea parte juris constabat civiles obligationes, atque hinc actiones in personam civiles constitutas esse ex omnibus illis quatuor caussis obligationum, contractu, quasi contractu, maleficio, quasi maleficio. De prætoriis incertum; quoniam in eo argumento inter contractus et quasi contractus nullas ante numeravit obligationes actionesve prætorias; inter maleficia et quasi maleficia paucas. Ex quo potuit dubitari an ne ex contractu aut quasi contractu ullæ essent prætoriæ; ex cæteris autem caussis an nollæ præter superiores. Et exemplis docet ex omnibus caussis superioribus esse quoque actiones in personam prætorias, certe quidem ex contractu, maleficio, quasi maleficio; præter superiores autem quas exposuit, multo plures; quod his paucis quæ subjicit, satis fuit ostendere.

V. Quod attinet ad actiones in rem; eum eas de quibus locutus est antea dicat nasci ex legitimis et civilibus caussis, nempe huc spectat sequens prætoriarum enumeratio, ut intelligamus novas hic agendi caussas et eas proximas a Prætore esse inductas. Illa quidem caussa quam, ex parte ejus cum quo agitur, nobis dari volumus ad agendum, nimirum ut possideat aut pro possessore ob dolum habeatur, hic non mutatur: hæc in omnibus in rem actionibus una est et omnium comunis, sine qua nemo in rem actione tenetur aut jure civili aut prætorio. Ut differrent aliis rebus omnibus actiones in rem civiles ab actionibus in rem prætoriis, tamen una hac in re eas convenire constat, quod omnes in rem sunt et dicuntur; neque vero alia de caussa in rem, quam quod non personam obligant, sed rem sequuntur, ac per rem ejus rei possessorem: idque nominatim dictum est de actionibus prætoriis, puta hypothecaria, in *L. ult. C. si unus ex plu. her. cred.* In persona autem agentis, quando præcipue ac primo proprias caussas quemque ex sese afferre oportet, quo ostendat rem ad jus suum pertinere, ut sit cur ei res restitui debeat. Hæ caussæ sunt variæ: in summa autem, aliæ ex jure civili quæ hic civiles appellantur, aliæ ex jure prætorio. Jure civili una hæc caussa in rem agendi et vindicandi, si quis rem suam petat, et ut scriptum est in §. *namque* seq. si quis dominium suum vindicet, quo in genere, de universitate petitio hereditatis, de rebus singulis corporalibus rei vindicatio, *L.* 1. *D. de rei vind.* de servitutibus confessoria et negatoria actio, *L.* 2. *D. si servit. vind.* Jure prætorio caussæ plures, non tamen ut in actionibus in personam innumeræ, sed paucæ et certæ. In hereditate duæ: si quis hereditatem bonorum possessione quæsitam petat, unde possessoria hereditatis petitio, *L.* 1. *D. de poss. he. pet.* Item si quis petat hereditatem fideicommissariam, unde et petitio hereditatis fideicommissaria, *L.* 1. et *tot. tit. D. de fid. he. pet.* In rebus autem singulis sex sunt caussæ numero, ex quibus totidem in rem actiones prætoriæ, quibus

positis, etiam caussæ agendi intelliguntur. Ex his actionibus duæ hic omissæ, quatuor positæ, quæ ordine subjiciuntur.

VI. In quibus omnibus recensendis utar ordine eo qui naturæ et dignitati singularum videtur convenire, ut quo quæque a jure dominii minus aberit, ea priore loco ponatur. *Prima* ergo actio est de agro vectigali seu emphyteuticario, de qua tit. *D. si ag. vect. vel emph. pet. Secunda* de superficie, quam in alieno solo constitutam habemus, de qua in *L. in speciali*, et *L. seq. D. de rei vind. L. 1. D. de superf.* Has actiones merito in hoc genere prius facimus, quia qui jus vectigale et superficiem habent haud multum differunt a dominis: quam fortassis caussam esse quis existimaverit cur ut notiores et a vero dominio prope nihil distantes hoc loco sint omissæ; hæ enim sunt quas omissas esse diximus. Reliquæ hic subjiciuntur optimo ordine, habita scilicet dignitatis ejus, quam supra dixi, ratione. *Tertia* est igitur Publiciana de rebus bona fide possessis, de qua in §. *nam ,ue. Quarta* rescissoria de rebus olim nostris, quæ postea in alium translatæ nostræ esse desierunt; nunc tamen, rescissa ob justas caussas a Prætore translatione, quodammodo in jus nostrum redierunt; de qua in §. *rursus. Quinta* actio hypothecaria de prætorio pignore, de quo genere intepretor §. *si quis in fraudem. Sexta* ea quæ dicitur Serviana et hypothecaria de pignoribus cæteris. Hæc de usu et sententia hujus divisionis præfati, verba hujus loci consideremus, in quibus quædam sunt animadvertenda.

VII. Ait: *Sed istæ actiones quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus caussis descendunt.* Bis vitiosa sententia ut videtur; et quod ait omnes actiones quarum mentionem fecit, ex civilibus caussis descendere; et quod, cum omnium prius meminerit, addit et si quæ sunt similes. Illic sententia aperte falsa, hic etiam absurda. Ait igitur istas actiones quarum mentionem habuit, ex civilibus caussis nasci. Atqui supra meminit omnium actionum in rem et omnium in personam. Divisit enim in §. 1. actiones omnes in genera duo, ut sint aut in rem aut in personam; eoque et actiones in rem, et actiones in personam generaliter nominavit, nec quidquam adjecit quo certas aliquas species ex his generibus se dicere significaret. Falsum est, autem omnes actiones in rem aut in personam esse ex civilibus caussis; cum multæ sint ex utroque genere prætoriæ, quod et ipse statim subjicit. Etsi autem post eam divisionem actionum, in actionibus in rem certas species recenset, ut rei vindicationem de rebus corporalibus et actiones de servitibus, confessoriam et negatoriam; tamen non eo minus verum est eum prius et alias appellasse; genera enim prius nominavit sub quibus species omnes continentur, non tantum expressæ, sed etiam non expressæ. Atque ut dederimus eum in actionibus in rem mentionem fecisse tantum istarum quas postea nominatim recenset, tamen nihil istius fecit in actionibus in personam: has generaliter appellavit; et si quas addidit species, has addidit ut diceret vel ex contractu esse vel ex maleficio et aliis quibusdam modis. Earum ergo meminit generaliter quæ sunt ex his caussis. At saltem in hoc genere falsum est eas actiones quæ sunt ex contractu aut maleficio, esse ex civilibus caussis; cum eæ quæ dicuntur postea prætoriæ, sint et ipsæ partim ex contractu, partim ex maleficio. Plusquam autem absurdum est quod, cum sub appellatione generis meminisset omnium in rem et personam actionum, nunc addit: et si quæ sunt similes: quasi postquam omnes generaliter est complexus, possint præter has ullæ esse ex eodem genere. Nam profecto qui aliquas præterea similes esse dicit, dicit præter omnes esse alias, quoniam quæ sunt similes sunt aliæ. Denique perinde hæc adjectio est ac si ita dixisset: sed actiones omnes in personam (nam has omnes ante nominavit, nec ullam speciem hujus generis expressit) et si quæ sunt similes in personam. Atqui si omnes dixit, non debet metuere, ne quas prætermiserit similes quoniam in omnibus nulla deest. Aut si quæ adjiciendæ sunt velut omissæ, non nominavit omnes; quod falsum est.

VIII. Res sic habet: non effugiemus hanc objectionem atque vitia hujus sententiæ, si per istas actiones quarum mentionem habuit, intelligemus genera ipsa actionum quæ ante nominavit, ac non certas species horum generum ante expressas. Et quidem has ipsas intellexerunt Theophilus et Accursius; quorum ille locum sic reddidit, ut ad actiones in rem quarum supra Justinianus mentionem fecit, nominatim referret; hic antem aliis verbis idem declarans, mentionem interpretatus est expressam. Non dubium quin, cum non essent ista in textu Justiniani, ideo adjecerint, quia sine his superiora incommoda videbant; his adjectis, vitare studebant. Quid ergo? his adjectis, id assequimur? Sane vero assequimur. Sic enim in-

telligemus solas illas actiones in rem quas ante expressit, vindicationem rei corporalis, et de servitutibus confessoriam et negatoriam. Quibus acceptis, omnia bene se habent. De his enim recte dicitur has descendere ex caussis legitimis et civilibus; descendunt enim re vera, quia jure civili non datur actio in rem, nisi rem suam vindicanti, §. *namque seq.* superioribus autem actionibus rem nostram petimus; vindicatione rem nostram corporalem, confessoria servitutem nostram, negatoria libertatem rei nostræ. Sed et de his loquenti optime additur: et si quæ sint similes: quoniam superioribus multum abest ut contineantur omnes eæ quæ descendunt similiter ex caussis civilibus. Sed verba Justiniani obstant; nihil enim amplius nominat quam istas actiones quarum mentionem habuit, nec addit, actiones in rem, aut quarum mentionem expressam habuit. Et quidem ego putarem obstare, si quid ad superiorem sententiam verbis deesset. Sed verba ipsa satis species istas expressas significant, ut ad eas significandas alia adjectione non sit opus nisi majoris expressionis caussa, ne quis sit error. Verbum hoc *istæ* ad res certas quæ alicubi sunt refertur, non ad genera et res incertas quæ nusquam sunt aut ubi sint ignoratur. Est enim demonstrativa particula, nec demonstrantur nisi certa et quæ certo loco sunt; ut cum dicimus, istic, significantes ubi tu es; et ista vestra, de iis quæ certa prius designata erant. Cum autem sententiæ veritas hanc interpretationem exigat, eam etsi res esset ambigua, ut vitio carentem accipere debemus, *L. in ambigua, D. de legib.* Hoc sensu de actionibus in personam his verbis non loquitur, quando earum actionum speciem nullam ante expressit; sed possunt contineri his quæ sequuntur et si quæ sunt similes.

IX. *Et si quæ sunt similes.* Quæ sunt igitur aliæ istis ante expressis similes? Ex actionibus in rem, eæ quæ præter istas rem nostram petunt; ex actionibus in personam, illæ quæ eandem originem et eosdem auctores juris habent. Sunt autem, præter superiores, et aliæ in rem hujus generis; ut petitio hereditatis per quam hereditatem nostram petimus; nam et hæc descendit ex legitimis et civilibus caussis. *L. 1. 2. 3. D. de her. pet.* ut confessoria et negatoria de aliis servitutibus innumeris quas supra non commemoravit. Actiones autem in personam quam plurimæ, iisdem auctoribus et iisdem partibus juris proditæ. Quo fit ut, si superiores istæ expressæ ex legitimis et civilibus caussis sunt, sint et hæ quas dicimus similes. Cavendum autem ne dicamus cum Accursio, similes intelligi quæ sunt ex contractu vel quasi contractu, ex delicto vel quasi delicto, et variis caussarum figuris; non enim hæ omnes sunt ex legitimis caussis et civilibus, sed pleræque ex jurisdictione Prætoris, ut postea declaratur. Itaque nec genere similes sunt superioribus expressis, quia non sunt in rem; nec origine, quæ eandem juris originem et constitutionem non habent.

X. ***Ex legitimis et civilibus caussis.*** Legitimum proprie dicitur quod est ex lege, id est ea parte juris quæ proprie lex appellatur in divisione juris, §. ***constat, supra de jur. nat.*** conjuncta enim lex et legitimum. Sed in usu juris latius accipi solet, ut sit id omne quod sit ex aliqua parte juris civilis, non tantum lege, sed alia quavis legi simili, puta plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum; ut legitima conventio dicta etiam quæ senatusconsulto adjuvatur, *L. Legitima, D. de pact.* legitima hereditas quæ jure aliquo obvenit ab intestato, *L. 3. §. de illo, D. pro soc.* obvenit autem eadem senatusconsultis et constitutionibus, *L. 3. D. de her. pet.* legitima actio in *L. qui servandarum, §. ult. D. de præs. ver.* etiam quæ civilis in *L. 1. D. eod.* Quod ex similitudine istarum partium natum est; nam cæteræ partes juris verbo leges non dicuntur, vi et potestate sunt leges quæ eandem cum lege potestatem obtinent. Unde et dicuntur constitutiones similes legibus §. ***quos autem supra de bon. poss.*** Quo sensu, legitimæ et civiles idem valent, cum juris civilis verbo easdem istas partes significamus. Et ita legitimas caussas hic accipi debere manifestum est. Ait enim, actiones quarum mentionem habuit, et si quæ sunt similes, descendere ex caussis legitimis simul et civilibus. At non omnes istæ actiones sunt ex lege, sed quædam ex aliis quoque partibus juris. Legitimas igitur etiam quæ sunt ex his partibus intelligit. Eas enim dicit, non quæ sunt ex caussis legitimis aut civilibus, sed conjunctim quæ sunt ex legitimis et civilibus.

XI. Civile autem quid dicitur, ut est jus civile unde nascitur. Id interdum dicitur generaliter, ut contineat etiam jus prætorium, et in §. *constat, supra de jur. nat.* alias angustius, ut sit id quod venit ex cæteris partibus, non etiam ex jure prætorio, sintque hæc duo genera juris civilis, civile quod specialiter ita dicitur, et prætorium. *L. jus autem, D. de jus. et jur.* Appellatio hinc nata, quod cæteræ partes per se et efficaciter

jus faciunt, etiamsi aliud non interpretentur aut temperent. Jus prætorium magis illius juris vox, id est interpretatio est, *L. nam et D. de just. et jur.* scilicet quia juris ejus adjuvandi, supplendi, corrigendi caussa est introductum, *d. L. jus autem, eod.* Toticsque sic necesse est jus civile accipi, quoties, ut sæpe, distinguitur a prætorio, ut *L. scio, D. de testi. L. qui testamento, §. servus, D. qui tes. fac. L. nec ex prætorio, D. de reg. jur.* Quo ex usu posteriore, et nunc civiles dicuntur caussæ quæ non sunt ex jure prætorio, sed ex aliis partibus juris civilis, utpote quæ hic postea distinguuntur a prætoriis. Similiter ut actiones et obligationes civiles, cum dividuntur in civiles, et prætorias seu honorarias, *L. actionum*, in fin. *D. de ob. et act. supra de oblig.*

XII. De caussis actionum loquitur hoc loco Justinianus, non de actionibus; de quibus si ageretur, intelligeremus civiles actiones dici eodem modo quo definiuntur civiles obligationes quæ legibus constitutæ sunt, aut certe jure civili comprobatæ, §. 1. *supra de obl.* Nunc, ut dixi, de caussis actionum loquitur, de quibus commode idem dici posse prima facie non videtur. Nam plerarumque actionum in personam caussæ sunt alienorum negotiorum administrationes malæ, delicta, quasi delicta; quas res non modo non constituit aut probat jus civile, sed etiam improbat; et ob id dat actionem ut coerceantur, et quod inde abest præstetur. Sed non minus et de his licet idem dicere civiles et legitimas caussas actionum esse, quæ lege et jure civili constitutæ sunt ad agendum; constitutæ igitur non per se simpliciter, ut sane pleraque facta per se non constituuntur, sed improbantur jure; sed constitutæ ad agendum, id est de quibus jus constituit, ut ex his factis tanquam justis caussis sit actio; et breviter, ex quibus jus actionem dedit. Actionis in rem jure civili caussa hæc est una, si quis rem suam vindicet; quia ex hac caussa jus dat actionem, §. *namque*, seq. Atqui potest dominium rei nobis acquiri jure gentium, ut æque sit in rem actio, *L. in rem, D. de rei vind.* Sed nihilominus jus, non dico idem dominium confirmat quanquam confirmat; sed hoc amplius ex eodem dominio dat actionem in rem *d. §. namque.* Recte igitur hæc caussa civilis, quam jus ad agendum constituit. Unde recte dictum est superiores actiones in rem quarum meminit, ex legitima et civili caussa esse. Actionum in personam caussæ civiles eædem quæ et obligationum; hæ fere contractus omnes de quibus egit supra in argumentu obligationum; quasi contractus item omnes; in maleficiis, damnum injuria datum ex lege Aquilia; furtum nec manifestum ex lege duodecim tabularum. In his tamen pleraque facta improbantur legibus. Sed quod improbantur, hoc ipsum caussam præbuit legi ut adversus ea constitueretur actio. Qua ex his factis jure civili constituta, vere dixerimus ista facta harum actionum legitimas et civiles caussas esse; proinde et actiones ex his caussis legitimis et civilibus descendere.

XIII. Quod si descriptio superior vera est, ut sit civilis actionum caussa quam jus constituit ad agendum, et ex qua actionem dedit; nullæ sunt, ut Accursius putavit, caussæ actionum civiles ex ea prudentum interpretatione quæ initio juris constituti appellata est jus civile; nullæ ex ea parte quæ olim dicta est legis actiones: tametsi utrasque constat juris civilis partes fuisse, *L. 2. §. his legibus, §. novissime, D. de ori. jur.* nullæ ex responsis prudentum, etsi hæc quoque inter partes juris etiam nunc numerantur, §. *constat, supra de jus. et jur. L. jus autem, D. de just. et jur.* Non sane quod si ex his partibus actiones ullæ ob certas caussas datæ essent, non æque recte hæ caussæ dicerentur legitimæ et civiles, ut sunt caussæ actionum ex cæteris juris partibus; sed quod ut ex his nullæ actiones dantur, aut unquam datæ sunt, vel dari possunt; ita nec inde ullæ agendi caussæ constitutæ: proinde nec inde ullæ actionum caussæ civiles ex superiore definitione. Prudentum non est aut unquam fuit actionem constituere ex aliqua caussa; sed an data esset lege, interpretari, et eam quæ data erat ostendere. Unde eorum opera, et ea pars quæ appellabatur jus civile, dicebatur interpretatio prudentum, seu pars in prudentum interpretatione consistens, *d. L. 2. §. his legibus*, et §. *novissime*. Ea autem pars quæ dicebatur legis actiones, etsi tota profecta erat a prudentibus, non tamen ideo ita dicebatur quod in ea a prudentibus actiones datæ essent, sed quod quæ a legibus prioribus datæ erant essent compositæ, id est certis formulis inclusæ quibus cives inter se disceptarent; ita ut ea pars non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formam contineret, ut aperte declaratur in *d. L. 2. §. his legibus*, vers. *deinde*; et §. *novissime*, versic. *igitur, de orig. jur.*

*Quas Prætor ex sua jurisdictione comparatas habet.*

XIV. Quæ actiones et obligationes a Prætore proficiscuntur, eas Prætor ex sua jurisdictione constituit, ut est in §. 1. *supra de obl.* Constituendo comparat, id est facit ut sint paratæ iis quibus proponuntur. Ait, *ex sua jurisdictione.* Atqui actiones Prætor ex edictis suis comparatas habet. Proponebant enim edicta Prætores, *L.* 1. §. *eodem tempore, D. de ori. jur.* atque his edictis actiones quas pollicebantur se cuique, uti quæque res erat daturos, ut exemplo sunt edicta omnia quæ extant in Pandectis ad actionem aliquam pertinentia. Quomodo igitur actiones aut obligationes prætoriæ ex jurisdictione? quia edicta jurisdictionis prætoriæ pars erant. Quia ergo ex edictis, ideo ex jurisdictione; cum et edicta ipsa essent jurisdictionis.

XV. Nam jurisdictio est juris dicendi potestas. Hæc potestas in Prætoribus duabus in rebus sita erat; in jure publice proponendo ac velut constituendo, quod fiebat edictis; et in jure constituto privatis reddendo, *d. L.* 2. §. *eodem, de ori. jur.* Utroque modo jus dicere recte dicebatur Prætor. Illic publice civibus universis, hic privatim singulis postulantibus. Nam et cum jus proponitur publice, jam multo ante quam usus veniat, dicitur jus; dicitur enim civibus quod jus Prætor de re quaque dicturus sit, ut sciant cives et se præmuniant; qui finis edictorum erat, ut est in *d. L.* 2. §. *eodem.*

XVI. Prætorias actiones hic tantum nominat, ædilicias omisit; ut in divisione hac civilium et prætoriarum actionum videri possint quædam omissæ, quæ nec civiles sint, nec prætoriæ, non sine manifesto vitio divisionis. Nam et ædiliciæ actiones quædam sunt, edicto Ædilium comparatæ de rebus morbosis vitiosisve venditis, redhibitoria et quanto minoris emptor empturus esset, *L.* 1. *L. sciendum*, §. *ult. D. de æd. ed.* Atque has constat nec civiles esse nec ex civilibus caussis, et quidem multo minus quam prætorias; quoniam minor potestas Ædilium fuit in edictis proponendis, quam Prætorum, §. *Prætorum, supra de jur. nat.* Sed non tantum hoc loco, verum in aliis quoque similium rerum divisionibus observare possumus idem admissum esse a veteribus, ut ubique contenti fuerint prætorias dicere, ubi tamen ædiliciæ in eadem caussa haberentur. Ut divisione obligationum in §. 1. *supra de obl.* quæ plane eadem est quæ et hic actionum; item in divisione stipulationum, *supra de divis. stip.* Neque tamen aut hic aut illic quidquam a veteribus peccatum est. Respondet enim Pomponius et eum hoc Justinianus in *L.* 5. *D. de verb. obl. supra de divis stip.* §. *prætoriæ.* Prætorias, sive stipulationes, sive obligationes, sive actiones, sic audiri oportere, ut in his contineantur etiam ædiliciæ; quoniam et hæ ab jurisdictione veniunt. Quo non significatur ædilicias esse prætorias, sed ex prætoriarum verbo etiam ædilicias intelligi propter similitudinem, quia sunt ex eadem jurisdictione: ut sic quodammodo ex parte præcipua juris honorarii, totum ipsum jus honorarium intelligatur: quod pluribus exposui ad *d. L.* 5. *D. de verb. oblig.*

XVII. Illud in definitione prætoriarum tum obligationum, tum actionum diligenter notandum est, quod prætoriæ dicuntur quæ constitutæ sunt et comparatæ ex jurisdictione Prætoris et hic et in §. 1. *supra de obl.* aliter atque obligationes et actiones civiles, quæ in *d.* §. 1. *de obl.* definiuntur, non solum quæ sunt constitutæ legibus, sed etiam quæ jure certo civili comprobatæ. Et ita res habet. Quæ conventiones jure gentium obligationem et actionem pariunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum, et similes earum obligationes et actiones, etsi nascuntur a jure gentium, tamen jure civili comprobatæ et admissæ fiunt civiles, et ita appellantur in usu juris, *L. juris gentium, D. de pact. L. in commodato*, §. *sicut, D. com.* Sic et in rem actio ex jure civili est, si quis rem suam vindicet, §. *namque, seq.* tametsi potest res actoris esse jure gentium, ex quo et jus rei persequendæ, *L. in rem. D. de rei vind.* Sed jus civile, actionem in eandem rem admittendo, suam fecit. Non eadem conditio prætoriarum. Solæ sunt prætoriæ, quæ proficiscuntur ex jurisdictione et edicto Prætoris. Quod si quæ sint jure civili constitutæ aut admissæ, ut civiles sint, non ideo fiunt prætoriæ, etsi edicto Prætoris erunt propositæ. Exemplo est actio commodati, quæ proposita edicto monitorio, quod extat in *L.* 1. *D. com.* nihilominus est civilis, *d. L. in commodato*, §. *sicut D. eod.* Differentiæ ratio est in auctoritate utriusque juris, civilis et prætorii. Jus civile obligationes et actiones juris gentium comprobando simul etiam constituere et inducere in civitatem videtur, quia alioqui sine hujus juris auctoritate et non admissæ, nos non tenerent; potuit enim non admittere. At Prætor eas quæ ante ex jure civili erant, edictis suis pollicendo, nequaquam easdem constituere aut

etiam magis confirmare intelligitur, quando et hæ sine auctoritate Prætoris eædem futuræ essent. Legis enim auctoritate valent, in qua constituendi juris potestas est; non valent auctoritate Prætoris, qui nihil nisi hujus juris viva vox est, *L. non et ipsum, D. de just. et jur.* Quorsum ergo easdem actiones edictis proponere? ut fieret id cujus caussa maxime edicta comparata erant, ut monerentur edicto cives, et ut est in *d. L. 2. §. eodem. D. de ori. jur.* ut scirent cives quod jus de re quaque dicturus esset Prætor, et se præmunirent.

XVIII. Nec mutatur hæc sententia in actione noxali, quæ ex noxa servi datur adversus eum qui eum servum desiit dolo possidere: de quo tamen justa dubitatio est. Hanc prætoriam esse scriptum est in *L. electio, §. item si ex pluribus, D. de nox. act.* et hoc quia ex hac caussa actionem prætor in eum qui possidere desiit, nominatim edicto proposuit. At eadem prius ex jure civili esse videri potest. Non jure civili et directo dari constat adversus eum qui servum in potestate habet, possidet; ut adversus hunc sine dubio sit juris civilis actio, *d. L. electio, §. item si ex, L. si plurium, D. eod.* An non ergo et civilis, atque ex hoc ipso jure in eundem, si dolo malo possidere desiit? quod regulæ juris consequens est, qua efficitur dolum pro possessore haberi, *L. qui dolo, L. parem, D. de reg. jur.* Et hoc admisit Accursius in *d. L. electio, §. item si ex;* ac ne videantur hæc contraria, ita conciliat, ut dicat origine civilem esse, quod et hic tuetur; sed per extensionem dici prætoriam, quod verum non est. Adversus eum, qui dolo possidere desiit, vere prætoria est, quia in hunc casum inducta est solum a Prætore: in eum casum jus civile actionem non dedit; certe non ita dedit, ut de eo satis posset constare. Nihil ad rem pertinet quod actio noxalis jure civili certo datur adversus eum qui servum possidet; et dolus pro possessore habetur. Hoc enim posterius non ex verbis est, ut apparet; sed quia sententia legis ad hunc quoque casum porrigitur. Hæc interpretatio, non statim fuit in hac specie juris admittenda. Quod enim actio ex noxa servi datur adversus possidentem, odio delicti comparatum est: odia autem interpretatione non sunt adjuvanda, *L. cum quidam, D. de lib. et post.* Aut si jus ad hanc quoque speciem porrigi placet, necesse fuit id jurisdictione suppleri et certo induci; quod hic factum est a Prætore, ut et faciendum esse docemur in *L. nam ut ait, D. de legib.* ut proinde inductio sit Prætoris, non juris civilis.

XIX. *Necessarium est exemplis ostendere.* Necessarium non absolute, sed eum adjuncto, si velimus hoc quod diximus recte intelligi. *Plerumque ita permittit Prætor agere.* Plerumque dicit, quia non omni ei qui dominus non est ita permittit, sed soli ei in quem concurrunt ea quæ pro caussa hujus actionis exigit: quæ sane non semper concurrunt. *Ut vel actor dicat se quasi usucepisse;* quam intentionem esse dicit Publicianæ in *§. namque, seq.* quam recte, ibi opportunius dicetur. *Vel ex diverso possessor;* quod pertinet ad rescissoriam actionem de qua in *§. rursus,* ubi vere dicit actor adversarium suum non usucepisse quod usucepit, dum intelligitur non usucepisse jure prætorio quod usucepit jure civili; quia juris civilis usucapio jure prætorio infirmatur.

XX. Illud *possessor* quod legitur in omnibus exemplaribus vulgaribus, quomodo et Accursius sine ulla significatione variantis scripturæ legit, vitiosum videtur; ut dicatur is possessor agere et dicere adversarium suum non usucepisse; nam de actore in utroque exemplo hic agitur. Et sane nihil vitiosius nec magis falsum, si possessorem eum accipimus qui nunc possidet, cum possessori nunquam ultro actio detur, *L. 1. §. pen. D. uti pos.* Sed nihil vetat possessorem hic intelligi, ut Accursius interpretatur, veterem possessorem, id est eum qui ante fuit possessor; ut dicitur insula quæ ante fuit insula, *L. insula, D. de acq. rer. do.* tutor post pubertatem qui ante fuit tutor, *L. si tutor, L. si post, D. de tut. et rat. dist.* Nec mirum a Justiniano ita hic possessorem appellari; nam et in *§. rursus* paulo post sequenti, idem dominum vocat qui nunc dominus non est, sed qui aliquando fuit. Alii malunt *possessorem* hoc sensu, ut ex diverso actor dicat possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse: quomodo et in quibusdam exemplaribus veteribus legitur; et Theophilus locum sic vertit, ut sic quoque videatur legisse, qui adversariom istum possessorem facit. Vera sententia citra controversiam, sed et vera prior quæ idem exprimit; ut propter sententiam nihil intersit utro modo legatur. Si de commoditate scripturæ quæritur; melius fecisset omnino Justinianus si omisisset utrumque hoc verbum *possessor* vel *possessorem* et ita scripsisset: si vel actor dicat prius illud: vel ex diverso dicat adversarium suum usucepisse; ut illud *actor* positum initio orationis disjuntivæ ad utrumque membrum ejus orationis, et utrumque verbum *dicat* referretur; sic enim omni

vitio et obscuritate careret oratio. Addito autem alterutro vel *possessor* vel *possessorem*, diffirile est statuere utrum ad commoditatem orationis sit melius. Obscurius est paulo illud *possessor*, ut possessorem interpretemur qui olim possessor fuit; sed tamen ex verbo actoris satis explicatur; cum jure non possit agere qui nunc possidet. Quod si legimus *possessorem*, habebit oratio sua quoque vitia et fortasse majora. Nam et hic trajectio est verborum inelegans et inepte affectata: possessorem dicat adversarium suum usucepisse, pro dicat possessorem eundemque adversarium suum usucepisse. Deinde illud *adversarium suum* accipere oportebit dictum per appositionem, ut sit: possessorem qui adversarius suus est; qua figura loquendi haud temere quisquam reperiet nostros unquam usos fuisse, ut quæ orationem reddat obscuriorem, non necessaria in prorsa oratione iis qui perspicue et intelligenter loqui velint. Quod cum ita sit, nolim contendere; sed tamen in pari incommodo, malim veterem et usitatam lectionem retinere propter auctoritatem et fidem.

## NAMQUE SI CUI.

## §. IV.

*Publiciana quæ ex caussa.* I.
*Publiciana etiam de servitutibus.* II.
*Publiciana non de his rebus quarum alienatio et usucapio est interdicta.* III.
*Publiciana non omnium rerum traditionem exigit.* IV.
*Caussa justa, quæ; et quæ in Publiciana accipienda.* V.
*Publicianam etiam justa caussa nulla præcedente, interdum competere.* VI.
*Bona fides ad Publicianam necessaria, et quando hanc intervenire oporteat.* VII.
*Publiciana non domino competit.* VIII.
*Publiciana, possessione casu amissa, competit; et quis hic casus intelligendus sit.* IX.
*Publicianæ inducendæ ratio atque æquitas.* X. et XIV.
*Directa actio in rem, civilis; publiciana utilis, et ita vocatur.* XI.
*Vindicare dominium recte dicitur.* XII.
*Durum, iniquum, et cur.* XIII.
*Publicianæ intentio qua actor dicit se usucepisse, quomodo accipienda.* XIV.
*Publiciana adversus possessorem, non tamen adversus dominum rei, præterquam certis casibus, et quibus.* XV.

Namque, si cui ex justa caussa res aliqua tradita fuerit (veluti ex caussa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) et necdum ejus rei dominus effectus est; si ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam; quippe ita proditæ sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio, in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse quam usu non cepit, et ita vindicat suam esse; quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio prætore in edicto proposita est.

I. Proponitur hic Publiciana in rem actio. De qua Justinianus hæc distincte complectitur: qua ex caussa cui competat; a quo inducta et quæ fuerit caussa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat; cur Publiciana appelletur. Quintum prætermissum, præcipue hic notandum tamen: adversus quem hæc actio competat. Singula breviter attingemus. Proposita est hæc actio certa ex caussa. In ea insunt hæc omnia: si cui res aliqua tradita ex justa caussa; si bona fide accipienti; et si forte ex caussa emptionis, si tradita erit bona fide ementi accipientique: si is necdum ejus rei dominus effectus erit: postremo si ejus rei possessionem casu amiserit. Ex quibus cætera omnia hic initio comprehensa: solum omissum quod ad bonam fidem ementis accipientisque pertinet. Nos singula eodem ordine exsequemur.

II. *Si res aliqua*, nempe aliena, ut est in edicto, *L. 1. D. eod.* sed non fuit necesse hic addi, quia id postea satis indica-

tur illis verbis *et necdum ejus rei dominus effectus est;* quod non aliter contingit quam si is qui tradebat dominus non fuit, alioqui traditione statim dominus efficeretur qui accipit. §. *per traditionem, supra de rer. divis.* Quæ res sit nihil interest, si tamen *tradita erit.* Traduntur proprie res corporales eædem quæ tangi et prehendi possunt. Quæ res facit ut incorporalium, puta servitutum, nulla proprie traditio sit, uti nec possessio, *L. ult. D. de servit.* ut verba si præfracte sequimur, nec de servitutibus constituta sit Publiciana. Sed traditionem hic accipimus latius quidquid ejusmodi est, ut pro traditione habeatur jure, etsi subtiliter non sit traditio natura. Ejusmodi traditio est in servitutibus usus ejus juris, et domini servitutem constituentis patientia, *d. L. ult. de servit.* Quapropter et servitutes ad hoc edictum pertinebunt, ut si forte usufructus aut alia servitus constituta erit isto modo, ab eo qui dominus prædii non erat, de servitute Publiciana competat, *L. si ego*, §. 1. *D. de Publ.*

III. Plane si quæ sit res cujus alienatio sit interdicta, nec de ea Publiciana competet, quanvis ex justa caussa tradita fuerit, *L. cum sponsus.* §. *pen. D. eod.* De his enim rebus edictum loquitur, quæ usucapi possunt, et nondum usucaptæ petuntur. Quarum autem rerum alienatio non est, earum nec (1) usucapio est, *L. si fundum. D. de fun. dot.* Diversum est, si res non prohibeatur lege alienari, sed ideo usucapi non possit, quia non possideatur adversus dominum: ut accidit in prædiis vectigalibus et superficiariis quæ (2) possidentur adversus eos qui jus vectigale aut superficiarium habent, non adderi passus fuerit, annua tamen canonis præstatione non omissa. Nam si omissa ea, negligentia municipum in exigendo vectigali iis imputatur *d.* §. 27. Ita Faber. Qui et in hoc differre vectigalem ab emphyteuta sentit, quod ille libere vendat, nec res ab eo auferri possit, quandiu vectigal sive ab ipso sive ab emptore penditur. Sed hæc alterius loci, illa tuo judicio relinquo, ipse non nimium eis tribuens. Equidem quod e diverso sentit Faber. 64. *Err. Prag.* 3. si quis emerit fundum tanquam vectigalem, nec Publicianam dari neque etiam actionem de fundo vectigali, eo quod hic non sit vectigalis, probari non potest. Ita namque emptorem bonæ fidei omne remedium destitueret, quod durum est. Et quidni detur Publiciana non ad fundum, sed ad jus fundi? seu ut is petatur, non perinde ac si ceu proprium usuceperit actor, sed ceu vectigalem. In superficie quoque Publicianæ locus *d. L.* 9. §. 3. Atqui nunquam dicitur sine solo capi posse *L.* 26. *L.* 39. *de usucap.* et nec superficiei dominus est superficiarius ut *supra Lib.* 9. *C.* 17. *n.* 10. Hortens. *ad L.* 13. §. 3. *de pignor.* vult imo usucapi posse per *d. L.* 12. §. 3. Et intelligit *d. L.* 26. cum Accursio de superficie dominio juncta ac cum eo confusa, non de separata et alii constituta. Rem non expedit A. Fab. *d. Err.* 3. etsi superficiarii usucapioni mera juris ratio obsistat, quia tamen idem favor bonæ fidei possessoris, ideo et hic Publicianam dari, si quis emat rem superficiariam a non domino, quem dominum putabat. Quod si ab illo emerit quem superficiarium credebat bona fide, eum non esset, Publicianæ locum esse negat. Quia non potest esse ut, quod bona fides in usucapione requirit, se dominum credat qui putat auctorem superficiarium, qui nec dominus est, nec esse potest, quandiu talis. Verum puto probabiliter dici, quod et tunc, si a superficiario quem esse putabat, superficiem quis emerit, usu

(1) Regula enim *L.* 9. §. 5. *h. t.* de his accipienda, ut in exemplis ejusdem §. vid. Ursill. *ad* §. 4. *I. de act. n.* 67. Vult. *ibid. n.* 23.

(2) Recte. Nam et hic, licet emphyteuta et superficiarius, in præjudicium civitatis vel municipii, aut qui id jus constituerunt, (vulgo domini directi,) tempore non acquirat; nil tamen impedit, quin possessor rei emphyteuticæ vel superficiei contra eum qui id jus constitutum habet, usucapiat, Azo *in Summa ad Tit. I. de act. n.* 15. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. Hot. *Disp. feud. C.* 20. Kitterhus. *Partit. feudal. Lib.* 1. *C.* 18. *Q.* 11. Quomodo et Ræv 1. *Var.* 5. conciliat *d. L.* 12. §. 2. cum *L.* 15. §. 27. *de dam. inf.* quod nempe horum prædiorum proprietas populi vel municipum maneat *d.* §. 2. usus tamen et fructus longo tempore acquiratur *d.* §. 27. Cujac. autem *in Paulo ad d. L.* 12. §. 2. regulam *L.* 9. §. 5. latius accipit, quasi dicat quæ nec usucapi, nec longo tempore quæri possunt. In *d.* §. 2. non usucapi vectigalia scilicet stricte; olim in immobilibus biennio, acquiri autem longo tempore *d.* §. 27. prædia etiam vectigalia, sive tributaria sint, sive stipendiaria. Ant. vero Faber 64. *Err. Prag.* 1. loqui vult JC. *d.* §. 2. de prædiis quæ vere vectigalia quidem, sed quæ empta non tanquam vectigalia, sed tanquam propria venditoris, cui tamen ea ceu vectigalia concessa. Hoc, ait, denotant verba *si forte bona fide mihi tradita*, id est si empta traditaque acceperim ignorans esse vectigalia, ubi usucapio quidem impeditur, non ob defectum bonæ fidei, sed rerum qualitatem quæ usucapi nequeunt sua conditione, nisi municipum negligentia caussam det usucapioni, ut *d.* §. 27. Ast Publiciana datur, quia ratio quæ usucapioni obsistit, hic cessat. Non enim vitio possidentis odiove ejus inhibetur usucapio; sed solo favore civitatis, quam periclitari non oportet ex facto et negligentia conductoris, si is vel vendiderit vel ab alio posi-

versus dominos ipsos quibus pensio annua debetur et solvitur. Hæc si bona fide tradita sint ab eo qui tradendi jus non habuit, Publiciana competet, *d. L. sponsus.* §. *in vectigalibus, D. eod.*

IV. *Tradita fuerit.* Traditionem exigit, ut et edicto expressum est, *L.* 1. *L.* 7. §. *pen.* et *ult. D. eod.* Sed notandum hoc ad eas tantum species pertinere, in quibus ad dominium acquirendum traditione opus est. Cæterum quibus ex caussis dominium transfertur sine traditione voluntate domini; ex iisdem (3) caussis si res translata erit voluntate ejus qui dominus putabatur, Publiciana dabitur, ut si res si res legata sit ab eo qui dominus non erat. Exemplo est is cui ex Trebelliano hereditas restituta est. Quem placet, etiamsi non fuerit nactus pos-

longi temporis quasi dominium seu jus superficiei acquiratur, saltem adversus verum superficiarium et in ejus præjudicium, Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 6. (ut ita *d. L.* 26. exaudiatur da usucapione superficiei contra dominum soli, qui superficiem alteri constituit.) Ergo et eidem, si tempora nondum impleta, Publiciana datur ad vindicandam non rem aut solum, sed superficiem, seu ad rem ceu superficiariam.

(3) Etsi enim vulgo easdem hic, quas ad usucapionem perficiendam, conditiones requirant; unde quinque hujus actionis requisita referunt, de quibus Sneidvin. *ad* §. 3. junct. *seq. I. de act. n.* 35. *et seqq.* Nicol. Carboo. *Practicæ Lib.* 1. *C.* 2. *n.* 1. *et n.* 4. quomodo et Hot. *in Epitom. D. h. t. n.* 3. tria hic, ait, concurrant oportet: traditio ex justa caussa; bona fides: et usucapionis initium, quanvis momentaneum, *L.* 12. §. *ult. h. t.* Traditionem autem etiam fictam sufficere tradunt *L.* 9 §. 1. *et* 2. *h. t.* Myns. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 55. Hinc et ex constituto possessorio hanc actionem dari volunt Tiraq. *de Jure constit. possess. P.* 1. *n.* 16. Recte tamen Wes. *ad Rub. C. de R. V. n.* 14. quod hæc actio ad traditionem et usucapionem restringenda non sit, cum et iis qui ex alia caussa possident detur, ut *L.* 7. §. 7. *hoc tit. L.* 18. §. 5. *de dam. inf.* Hinc Ulpianus *L.* 1. §. *ult. h. tit.* quæstionem movit, cur traditionis solum et usucapionis edicto mentio facta. Cui eum respondisse probabile est; sed responsionem illam non habemus, quia nec integra Jurisconsultorum responsa, vid. Oldend. *Cl.* 3. *Act* 3. *in defens. rei sub fin.* Immo edicto, solius emptionis factam fuisse mentionem colligit Cujac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t. ex L.* 3. *L.* 7. §. 11. *et L.* 8. *h. t.* ad alias tamen caussas porrectum, *L.* 2. *et seqq. h. t.* Ex quacunque igitur caussa dominium citra traditionem et possessionem acquiritur ut rei vindicatio detur, ex iisdem etiam citra eandem caussa dominii, et jus dominio finitimum quod Publicianam parit, vid. Oldend. *d. Act.* 3. *in Practica n.* 3. Vital. 1. *Var. Lect.* 25. *n.* 7. Myns. *ad* §. 4. *I. h. tit. n.* 33. qui tamen sibi contrarius fere, dum *n.* 55. apprehensionem tamen possessionis sine vitio exigit. Caussa dico dominii seu titulus; neque enim ea semper possessioni cohæret, sed sæpe præcedit et abscendente possessione manet. Quare legatario ex. gr. liberum erit au rem legatam, si forte ab alio teneatur, civili an hac prætoria actione petere velit, etsi nunquam antea possederit, per *d. L.* 12. §. 1. *et regulam L.* 7. §. 8. *h. t.* et fac. *L.* 15. *h. t.* Quid enim, si non consultum sit rei vindicatione experiri, si nec expedita probatio dominii defuncti sit legatario? Non enim audiendi qui in casibus his, possessione nunquam apprehensa, Publicianam non posse intentari ex persona agentis, sed ex auctoris sentiunt, et *d.* §. 1. ita exaudiunt, si et defuncto fuerit jus exercendæ Publicianæ, et post mortem ejus possessio ad tertium venerit, heresque vel legatarius ex persona testatoris experiatur, Sneidvin. *ad d.* §. 3. *n.* 3. *et* 7. Menoch. *Adipisc. possess. Remed.* 4. *n.* 601. *et seq.* Quod facile refellitur. Nam 1.° *d. L.* 12. §. 1. indefinite concepta tot subauditiones non admittit, scitumque est ne distinctionem lege ipsa non proditam nos comminiscamur: 2.° Accessionibus possessionis, ad usucapionem implendam, ex persona auctoris nos uti non inconcinne dicemus. Ast quod heres vel legatarius actionem ullam ex persona defuncti exerceat, vix apposite dicetur. Ex persona alterius agit, cujus actio non est propria; at cujusnam magis quam heredis, universi juris successoris? Experitur sane Publiciana jure hereditario, quia hic ipsi titulus, hæc caussa cui jus agendi innititur (remota scilicet, quomodo ex. gr. dominium vindicanti caussa est titulus empti a domino habitus.) Ast non magis ex persona defuncti agit heres vel legatarius, quam emptor qui rem traditam accepit ex persona venditoris, tametsi uterque bona fide sui auctoris adjuvetur, ut *infra N.* 6. Quare et ad similia hoc jus *d.* §. 1. trahemus. Veluti: Sicuti Ecclesia rem sibi donatam vindicare potest, quam nec unquam possedit, per ea quæ *supra Lib.* 5. *C.* 2. *n.* 9. ita eandem Publiciana petere, si ambigat anne auctor suus dominus fuerit, aut si vere fuit quidem, sed id probatu non expeditum. Certe ita statui oportet; alioqui jus dominii citra possessionem acquirendi inane erit. Quis enim effectus erit, aut cui bono ista constituta, nisi ut ita dominus effectus, rem absentem recte persequatur? Atqui, quæ difficultas est dominium auctoris probandi, absque hoc prætorio subsidio foret, rarissime quis petitorio vinceret. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. *initio.* Aut nullus itaque aut perrarus usus esset ipsius juris. Cesso plura etsi suppetant. Satis hæc, opinor, ita contra plerosque adstructa.

sessionem, uti posse Publiciana, *L. cum, sponsus*, §. *is cui*, *D. eod.* nempe ideo quod restituta hereditate, omnia jura in fideicommissarium transeunt, *L. 1. D. ad Treb.* §. *restituta, supra de fid. her.*

V. *Ex justa caussa.* Justa caussa dici potest omnis ratio justa obtinendæ alicujus rei, sive quis rem ut suam possideat, et ex dominii caussa, sive ut alienam, dum a volente possessore accipit, sibi habendi et possidendi caussa, ut ex caussa pignoris, aut precario traditam, *L. quæcunque, D. de publ. L. communi*, §. *si duo, D. com. divi.* Et in summa, justa caussa cum generaliter dicitur, tam possessionis solius caussa sine opinione dominii intelligi potest, quam dominii acquirendi caussa. Sed in hac actione et hac parte juris, justam caussam tantum intelligimus eam ex qua dominium acquiritur, si dominus sit qui tradit; non etiam qua acquiritur tantum justa possessio, ut declaratur in *d. L. quæcunque, de publ.* Quod acceptum est ex eo quod sequitur in edicto *et nondum usucaptum petet, L. 1. D. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo quod, traditum, in ea caussa sit ut usucapi quidem possit; nondum tamen usucaptum petatur. Non potest autem res usucapi, nisi ex iis caussis quæsita, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset qui tradit, *L. clavibus. D. de contr. empt. tit. de usuc.* in princ. *supra.* Dum autem sit ejusmodi aliqua caussa, nihil retulerit quæ sit, (4) emptione, an donatio, aut dos aut legatum, et similes, ut hic de his exempli caussa comprehensum est. Caussæ pluribus indicatæ in *L. 1.* et aliquot sequentibus, *D. de publician. in rem act.* Nulla ergo caussa ex his præcedente, cessat Publiciana.

VI. Quid tamen si quis, errore facti justo caussam subesse putet quæ non est, veluti si emerit a furioso quem ignoret furere? Emptionem non valere constat, *L. in negotiis, D. de reg. jur.* Placuit tamen emptorem posse usucapere, *L. 2.* §. *si a furioso, D. pro empt.* An ergo et Publiciana dabitur? hic quidam loci dissidere videntur. Nam in *L. 7.* §. *Marcellus, D. de Publician. in rem act.* traditur simul hæc cedere, ut quia emptor potest usucapere, etiam Publicianam habeat in hac ipsa specie. In eadem specie Paulus admittit usucapionem utilitatis caussa: Publicianam competere negat, uti et actionem de evictione, *L. 2.* §. *si a furioso, D. pro empt.* Et probo Accursii (5) distinctionem ultimam, quæ est in *d. L. 7.* §. *Marcellus*, ut ex hujusmodi emptione non

(4) Etsi servus, tutor, procurator emerint traditumque acceperint *L. 7.* §. 10. *L. 19.* §. *ult. h*, ac etsi servus non peculiari nomine *L. 10. h. t.* ad quod vid. Cujac. *in Paulo ad L. 2. h. t.* item etsi in fuga sit, ut possessionem per eum nactus non sit dominus *L. 15. h.* si scilicet servus domino acquiri noluerit, ut accipit Zas. *ad L. 1.* §. 14. *de acquir. poss. n.* 5. nec alius adversatur in eo *d.* §. 4. Et hic quoque casus quo qui nunquam possedit, Publiciana experitur, eoque firmantur tradita *N. præced.*

(5) Vera hæc distinctio Accursii *ad d. L. 7*, §. 2. quam firmat noster *ad d.* §. 4. *I. de ac. n.* 6. quia *d.* §. 16. jungitur Publiciana actioni de evictione. Hæc autem non adversus alium intelligi potest, quam ipsum furiosum qui vendidit. Deinde si utilitatis caussa recepta usucapio *d.* §. 16. quæ dominium aufert, magis Publiciana nihil auferens domino, sed extraneis possessoribus aliena. Et Rob. 2. *Relect.* 10. *et* 2. *Animav.* 27. *ac* 2. *notat. ad Mercat.* 27. hæc comprobat per §. *seq.* 3. *d. L. 7.* verbis *quæ etiam adversus donatorem.* Ergo, ait, species §. *præced.* de Publiciana contra alium, non contra auctorem etc. Plane Cujac. *ad d. L. 2.* §. 16. *Pro emptore* verba ejusdem §. *nec Publiciana competit.* ceu mendosa resecat, notatus a Rob. *dd. locis.* et Cisnero *ad L. 3. de Usucap. n.* 17. et A. Fabro 1. *Conjectur.* 18. Ipsique Cujac. 16. *Observ.* 29. sententiam suam quasi retractat, agnoscens ea verba quæ et *in Basil. Lib.* 50. *Tit.* 4. haberi testatur. Et id omne quod *d.* §. 16. habetur, de summo jure accipit, quo ipso usucapionem sequi verum sit. Atque ita inter jus strictum *d.* §. 16. et æquitatem *d.* §. 2. distinguunt Duar. *ad Tit. D. De Usucap. Cap.* 2. Cisner. *ad d. L.* 3. *n.* 18. Bronc. 4. *Ass.* 10. Quod merito refellit Robert. 2. *Animadv.* 27. *et* 2. *notar.* 27. Sicuti nec audiendi qui dissensionem Jurisconsultorum agnoscunt Pac. 7. *Enant. Q.* 3. (qui tamen ex mente Justiniani inter jus strictum et benignum æque distinguendum censet) et A. Fab. 1. *Conject.* 18. Tanquam Paulus *d.* §. 16. Ulpiani *d.* §. 2. respondeat in verbis *utilitatis caussa* hoc sensu: Quod sic receptum, non est protrahendum, *L. 14. de LL.* Non enim, ait, uti usucapionem adjuvat favor publicus, ita et Publicianam, sed privata tantum utilitas, propter quam a juris regula non receditur. Ast immo major favor Publicianæ, minusque hæc odiosa quam usucapio, cum ea domino jus suum illibatum servet, et possessori eum primis injusto obsistat. Absque qua foret, ipsique domini, raro probatione non jure defecti, suum vel a prædonibus obtinerent. Et quod publicæ utilitatis ratione in hac inducenda motus Prætor, probant verba §. 4. *I. de act.* durum erat, et plerique nostrorum agnoscunt, vid. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3.

sit Publiciana, nempe adversus furiosum qui vendidit; ut hoc similiter dictum intelligamus, uti Paulus prius dixerat ex ea emptione de evictione actionem non nasci: quæ sane actio non adversus alium intelligi potest, quam adversus venditorem. At si agetur adversus alios, uti adversus eos usucapio admittitur, sic admittetur et Publiciana. Quæ sententia Marcelli et Ulpiani fuit in *d. L* 7. §. *Marcellus*, et omnino retinenda est, estque verissima. Non enim minus justam caussam possessionis desiderat usucapio, quam Publiciana, *L. Celsus, D. de usur. et usuc. tit. de usuc. supra.* Et tamen hæc ipsa quæ non est, fingitur subesse in superiore specie ad usucapionem, utilitatis caussa, auctore Paulo in *d. L.* 2. §. *si a furioso, D. pro empt.* Quanto magis subesse existimari debebit ob eandem utilitatem ad Publicianam? Nam usucapio etiam ipsi domino dominium aufert: Publiciana nihil domino, ut quæ adversus hunc non detur; extraneis possessoribus aufert aliquid, sed possessionem tantum et quidem alienam, id est eam quæ prius actoris fuit et nunc esse debet, non possessorum.

VII. *Bona fide accipienti, ementive.* Hæc verba omissa sunt hoc loco, sed exigi edicto etiam bonam fidem accipientis, in emptione autem etiam ementis simul et accipientis, constat ex *L. sed etsi*, 7. §. *prætor, D. eod.* Bona fide emere aut accipere dicitur qui cum a quo emit aut accipit, putet dominum esse aut jus transferendi habere: puta tutorem aut procuratorem esse, *L. bonæ fidei, D. de verb. signif. L. qui a quolibet, D. de contr. empt.* Notandum, quod dixi circa bonam fidem possessoris, hoc interesse inter emptionem et cæteras caussas ex quibus res traditur, quod in emptione duobus temporibus (6) bonam fidem intervenire oportet, et eum emit et cum res ei traditur, ut sit

(6) Eademque. uti ad usucapionem vid. *supra Lib.* 5. *C.* 7. *n.* 11. ita et hic in emptionem non traditionis solum, sed et contractus tempore exigitur, *L.* 7. §. *pen. et ult. h. t.* Myns. *ad* §. 4. *I. h. t. n.* 25. Sneidvin. *n.* 41. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. *in Practica pag.* 355. Et ita *d. L.* 7. §. *ult.* exponit Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 43. ut in verbis extremis vocula *tunc* denotet tempus traditionis, verba autem *ab initio traditionis* significent contractum quo agitur ut tradatur, quia ex contractu emptionis initium et veluti iter capiatur ad traditionem. Sed quia ita plane idem *d.* §. *ult.* aliis modo verbis repeteret quod *prior* §. monuit. præfero explicationem Gothofredi *ibid* quod non satis sit ignorantia rei alienæ, sed quid amplius aliquando ad bonam fidem requiratur. Et inde firmo quod et qui credit rem venditoris esse, possit mala fide accipere, si sciens contra leges mercatur; de quo nos alio loco. Hinc sicuti mala fides superveniens cursum usucapionis non sistit, *supra Lib.* 5. *Cap.* 17. *n.* 8. ita nec Publicianam. Adeo ut, etsi quoad illam jus canonicum a civili recesserit *ut ibid. not.* hic tamen nec eo quidem jure correctionem vulgo agnoscant, cum hæc non ita odiosa sit, nec quidquam domino auferat aut in ejus incommodum vergat, sed ejus solum, qui ipse minus vel nihil juris habet collatus actori; ita post Jasonem *in* §. 3. *I. de act. n.* 77. *et n.* 86. Sneidvin. *ibid. n.* 59. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 16. *n* 12. *et seq.* Jo. Bapt. Asin. *de Exsecut.* §. 7. *Cap.* 81. post plures relatos. Gilken. *de Præscript. P.* 2. *Memb.* 2. *C.* 7. *n.* 31. Bona fides autem solius emptoris (ex gr. idem in alio) continetur ut *L.* 7. §. 13. *h. t.* Quare non nocet mala fides auctoris, ut ne quidem heredi dolus defuncti *d. L.* 7. §. 12. etsi hic contra sit in usucapione ut *supra Lib.* 5. *Cap.* 20. *n.* 29.) Jure enim fieri potest ut, sicuti quandoque dominium transferat qui ipse non habet. ita et caussam dominii. *L.* 46. *de acq. do.* 6. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. *Q.* 3. Neque id jure novo correctum post *Auth. malæ fidei, C. de præscr. long. temp. Nov.* 119. *C.* 7. ut male quidam voluerunt, contendentes hodie Publicianam exerceri non posse. Quos refellit sane Oldend. *d. Act.* 3. *in defens. rei pag.* 339. (et iisdem verbis ex eo non laudato, more non laudando, Myns. *ad d.* §. 4. *n.* 30.) Sed ita, ut tamen iis nimis largiri videatur, dum sic locum dat hodie actioni huic Oldendorpius, si mala fides auctoris opposita petitori ab adversario non apparet, vel judici satis non probetur; ut ita non bona fides auctoris probanda sit actori. sed contrarium reo. Rectius qui nullam hic quoque mutationem agnoscunt. Nam *d. Auth.* non tollit præscriptionem in casibus de quibus loquitur, sed in longius tempus differt, Sneidvin. *ad d.* §. 4. *n.* 43. Et hic quoque rationi superioris diversitatis locus, unde nec jure canonico aliud dicendum videtur. Quod et menti auctorum ante citatorum convenire reor. Hoc amplius bona fides auctoris efficit, ut successori detur hæc actio, etsi ipse dolo non careat, *d. L.* 7. §. 12. Quod de herede ac successore universali accipit Mynsing. *ad d.* §. 4. *n.* 27. et faciunt ea quæ *supra Lib.* 5. *C.* 20. *n.* 24. Tentari potest idem esse in singulari; cum *d.* §. 12. indefinite successorem vocet, et is maxime successor qui in rem ut *supra d. C.* 20. *n.* 21. Sed de hoc alio et loco et tempore. Plane uti superiori casu cautio, ne de mala fide auctoris confiteatur agens. Sneidvin. *ad d.* §. 4. *n.* 43. sed si reus, ea objecta, se defendat, eum audiri non debere, nec ad probationem admitti contendat. Ita hic, opinor, tutius faciet successor. si intentionem suam in titulo suo et jure here-

usucapioni et Publicianæ locus; in cæteris autem caussis sufficit ad bonam fidem spectari tempus traditionis. *d. L. sed etsi. 7. §. Publiciana, D. de Publ. L. 2. in pr. D. pro empt.* Quibus de rebus in usucapione, ut proprio loco, diligentius cognoscendum est.

VIII. *Et needum ejus* (7) *dominus est.* Id ita fit, si et rem acceperit ab eo qui do-

ditario, ex. gr. ac bona fide auctoris fundet, et de bis fidem faciat, non autem malam fidem suam agnoscat, objiciente eam adversario (quis enim æquus judex huic reum condemnabit), sed ad probandum eam illum non admitti debere dicat. Quin et Old. *d. Act.* 3. *in defens. rei* censet exceptionem malæ fidei petitori non ab alio reo objici posse, quam cui ipsi jus aliquod in re; quia alias sit exceptio de jure tertii, cui replicare possit actor *habeo rem, quod ad te attinet, bono jure*, arg. *L.* 4. *§. pen. Si ser. vind.* Quod tamen asserere nolim. Cæterum alleganda hic est bona fides petitori, non autem probanda; cum ex caussa seu titulo, qui probandus, inferatur ac jure præsumatur, tametsi juramento actoris probandum velint Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 336. vid. Sneidvin. *ad d.* §. 3. *n.* 48. *et seqq.* Myns. *ad* §. 4. *eod. n.* 58. At Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 48. nec allegationem necessariam concedit, etsi utilem esse fateatur.

(7) Hinc perniciosum plurium error vero domino Publicianam negantium, et per *d. L.* 1. §. 1. *et L.* 18. *de pignor. d.* §. 4. *Inst. de act.* et quia, ajunt, non aliis hæc actio, quam qui usucapere potest. Dominus autem rem suam nequit. Et cui jure civili satis provisum directa actione, non est quod ei Prætor subveniat. Denique quod hæ actiones sibi invicem adversentur; ita Vital. 1 *Var. Lect.* 25. *n.* 8. Sneidvin. *ad* §. *sed istæ* 3. Junct. *seq. I. de act. n.* 24. *et seq.* Vult. *ibid. n.* 11. *et n.* 20. ac Gifan. et Harpr. *n.* 15. Valent. Guil. Forst. *Tract. Justin. Part.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 4. *lit. B.* Quem errorem convellit Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *passim*, et Mynsing. ad *d.* §. 4. *n.* 38. *et seqq.* Nos ejusdem radices ac fibras omnes amputabimus. Ecquodnam vero domino, si probatio dominii, quæ fere semper in difficili est, non suppetat, persequendæ erit remedium, si non hoc? Siquidem nec interdicto recipere possessionem poterit, si casu amisit. Anne vel omne ei remedium abdicabimus, et ex ea ipsa caussa hanc actionem negabimus, quod plus juris habeat quam daremus, si minus juris haberet? Vel scientem mentiri cogemus, si hac intentata, necesse habebit dicere aut se dominum non esse, ut Accursius vult et Jaso ad *d.* §. 4. aut se ambigere utrum sit dominus, ut post Angelum Sneidvin. ad *d.* §. 4. *n.* 45? Quorum illud insulsum, ut recte Oldend. *d. lo. p.* 337. utrumque vanissimum et falsissimum est. Cum immo ex conditione bonæ fidei sit, et sic agenti necessarium, *L.* 13. §. 1. *h. tit.* ut se dominum esse credat. An non autem tanto magis credit, quanto minus dubitat? Vindicatio civilis, uti ex parte agentis exigit dominium, ita prætoria hæc caussam dominii, id est titulum, bonam fidem et traditionem auctoris (nisi in casibus quibus hæc non necessaria, ut *supra N.* 3.). Fac jam dominum verum qui vel non certo scit quod sit dominus, credit tamen, (quid enim, si auctor a quo accepit, vere dominus fuit; sed de illo successore satis non liqueat?) vel certo scit, sed probare nequit, (pone instrumenta unde possessio longissima auctoris et consequenter usucapio constabat, perdita esse; testes qui de eadem illi privatim fidem fecerant, obiisse) vel probare etiam potest, sed eam molestiam, moras item judicii, quod longissime extrahi sic solet, evitare satagit, judicio sic intendere: Fundum Sempronianum quem tu possides, me a Seio venditum bona fide accepisse, (aut mihi testamento Seii legatum) aio: eum mihi restitui, Judex, peto. Quæ vera formula est, vid. *infra N.* 12. Intentione hac firmata, quid est quod actorem ex persona sua submoveat? Anne reus eum repellet dicendo: At tu dominus es, ideo non hac actione experiri debes, sed alia? Ita sane Accurs. *in gl. magna* §. 4. *I. de act.* his verbis: in ea (*Publiciana*) obtinebit, nisi adversarius probet actorem dominum hujus (*rei*) fuisse. Quod si probet, dabitur ei rei vindicatio. Qui enim Publiciana succubuit, non repellitur a rei vindicatione directa. Absurde dicit Accursius *probet*, item *succubuit.* Qui enim probatio hujus rei exigitur a Reo? Nonne is, confitendo dominium actoris, malitiam ipse suam prodit, et quod nulla sibi caussa restitutionem vel negandi vel remorandi? Qui succumbet Publiciana, qui confessione adversarii intentionem suam non modo implevit, sed quid amplius? Non enim quæ abundant vitiant. Falsissimum quippe est, quod toti errori caussam præbuit, actiones has origine pugnantes esse; cum potius valde affines sint, origine, medio, et exitu, alteraque alterius supplemento perficiatur, ut Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 326. *et seq.* et majoris minorisque ad invicem rationem habeant; ut, sicuti cui aureus est, eidem et grossus, ita etc. Oldend. *ibid. pag.* 332. sicuti et heredi civili bonorum possessio datur §. 1. *in fin. I. de bon. poss.* At jus bonæ fidei possessoris non adversum est dominio, sed affine, finitimum. Anne initio reus repellet actorem, quasi non rite (et ut vulgo formiter) intendat? Sane si formulas *gl. d. loc.* sectamur, id dicendum. Itaque agere oportebit: Fundum etc. a Sejo non domino, vel, quem dubito an fuerit dominus, venditum accepi: eum restitui jure quasi dominii, perinde ac si usucepissem, peto. Ast hac ratione. jura quæ mendacia coercent, dominum aut mentiri scientem cogerent, aut oneri difficilissimo probandi usucapionem dominiumve adstringerent, ob id ipsum quia domi-

minus non erat, et acceptam nondum usuceperit; quæ duo edicto expressa sunt, *d. L.* 1, *D. eod.* Nam si res a domino tradita est, statim traditione possessor dominus efficitur, §. per traditionem, *supra de rer. div.* Aut si etiam possessor rem non a domino traditam et bona fide acceptam per constitutum usucapioni tempus possedit; res fit ejus usucapione, *tit. de usuc. supra, L. traditionibus, C. de trans.* Atque his casibus Publiciana non datur, ideo quia fuit supervacua; cum dominio jure gentium aut jure civili quæsito, sit directa et civilis in rem actio, *L. in rem. D. de rei vind.* et sequitur postea in hoc §. *Habet*, inquit Ulpianus, his casibus, actor *civilem actionem, nec desiderat honorariam. L.* 1. *D. de public. in rem act.*

IX. *Et casu possessionem amiserit.* Quippe adhuc possidenti nunquam ultro datur actio ad rem obtinendam, cum sufficiat ei quod possidet, ut supra diximus, *L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* Additum est casu, ut significetur hoc verbo quidquid opponitur possessoris voluntati, distinguaturque qui amisit possessionem non volens ab eo qui suo facto et sua voluntate amisit, puta rem vendendo, aut permutando, aut donando. Quibus (8) modis qui fecit quominus rem haberet, merito ei ideo Publiciana non datur, quia nec vero domino, re ab eo alienata et jure ejus amisso, nlla in rem actio competeret.

X. Publiciana a Prætore est. Causa et ratio ejus constituendæ, rei æquitas; quod hac actione non constituta, futurum fuerit ut justus possessor, si possessione excidisset, nullam actionem in rem haberet; nulla enim fuit jure civili. Nullam autem esse actionem hoc casu, iniquum. Ratio comprehensa illis verbis *nullam habet;* quæ cujusmodi sit et ut verbis exprimatur videamus.

XI. *Nullam habet in rem directam actionem.* Directam vocat civilem et jure civili proditam, quod ratio subjecta explicat. Cum enim pro ratione dicere debuisset: quippe ita proditæ sunt directæ actiones: ita rationem reddit *quippe ita proditæ sunt jure civili actiones*, ut intelligeremus eas directas esse quas nunc dicit jure civili proditas. Directam actionem utili opponimus, *L. actio D. de neg. gest.* §. *ult. supra de leg. Aq.* ut sit directa quæ verbis ipsis legis recta datur alicui et in aliquem, quasi in hunc verba ipsa legis dirigantur; utilis quæ verbis cessantibus datur, ex sententia et mente legis, utilitatis caussa, ut appositissimo exemplo legis Aquiliæ declaratur in *d.* §. *ult. de leg. Aq.* Quo ex sensu, si Publiciana directæ isti et civili recte opponitur, erit nimirum civilis in rem actio directa; Publiciana actio utilis. At quomodo tandem Publiciana utilis, quæ nihilominus et ipsa apertis verbis edicti datur? Dicitur utilis (9) ad jus civile relata, quia ex hujus quoque sententia et ratione ducitur. Datur enim jure civili in rem actio domino. Possessor qui non a domino accepit, quantumvis justus, tamen dominus non

nus; qui non adstringeretur si dominus non foret. Junge *not. infra N.* 12. Hinc facile concidunt rationes adversæ. Nam illa verba *necdum dominus d.* §. 4. et similia referenda ad casus crebro contingentes, non autem ad opinionem accipientis, rem et intentionem petentis, quasi actio hæc in eo fundetur quod non sit dominus, vid. Old, *d. Act.* 3. *pag.* 325. *et p.* 338. nec vere ex certitudine naturæ, qui omnia cognita, sed ex eo quod est in usu et foro et ad hominum captum, actiones æstimandæ, Old. *ibid. pag.* 332. Sic quod *d. L.* 1. §. 1. *h. t.* habetur in casu inventionis, verum est, quia ad id prodita Publiciana, ut quasi domino subveniret, Myns. ad *d.* §. 4. *n.* 41. Ac illa *si usucaptum est d.* §. 1. accipienda, si idem constet, aut si id probandum in se recipiat et intentet actor. Tunc enim Publicianam non rite intentat, non quia hujus intentio illi intentioni contraria, quin imo illa huic consequens esse potest; sed quia tunc jure civili communi satis ipsi consulitur: add. Old. *d. Act.* 3. *p.* 324. Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 45. *in fin.* Unde nec has actiones conjunctim proponere licebit. Tametsi, ex quo usu fori cumulatio actionum frequentari cœpit, inde et rei vindicationem ac Publicianam eodem libello proponi non temere invaluerit, sed disjunctim; unde formula hodie vulgaris: Peto declarari rem jure dominii vel quasi, ad me pertinere, Oldend. *d. Act.* 3. *pag.* 336. Sneidvin. ad §. 3. *I. de act. n.* 61. *et seqq.* Mynsing. ad §. 4. *eod. n.* 62. *et seq.* Gail. 1. *Obs.* 62. *n.* 5. Wesenb. *ad Tit. C. de R. V. n.* 45. Bronch. 1. *Ass.* 76. Busius ad *L. F. h. t. per C. Abbate* 3. *de re jud. in* 6. Ubi, dominio probato, sententia feretur qualem rei vindicatio exigit; non probato, qualem hæc actio; quod judici animadvertendum, Oldend. *d. lo. p.* 337. Confer Gœd. ad *L.* 28. *de V. S. n.* 6. *et ad L.* 124 *eod.* Sic nec argumentum a contrario sensu *ex d. L.* 18. *de pign.* valet; de quo vid. Myns. *d. loc. n.* 42. *et seqq.*

(8) Etsi ad id metu vel dolo inductus, quia et is utcunque voluit, Oldend. *Cl.* 3. *pag.* 333. Forst. *Tract. Just. P.* 2. *Disp.* 3. *Th. lit. C.*

(9) Directa autem ad edictum Publicii relata. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 2. *p.* 327. Adde *not. Lib.* 21. *Civ. Commentar. C.* 2. *N.* 7.

est; ut hic quidem essent verba legis, sed pro domino est habendus: quam ob rem mox dicetur. Danda igitur et huic in rem actio ex sententia legis, propter eandem rationem quæ sententiam et mentem legis indicat; ac si ex hac sententia dabitur, erit utilis ex superiore definitione. Sed cur hic spectamus jus civile potius quam prætorium, quo hæc actio nominatim prodita est, cum illo sit omissa? Quia edictum ipsum Prætoris de hac actione nihil aliud continet quam istam ipsam sententiam juris civilis; quam ille interpretatus et secutus, in hunc casum qui lege omissus erat, clarius induxit actionem. Pertinentque omnino hæc species ad eos casus qui, quandoque similes eum incidunt, lege omissi, supplentur jurisdictione prætoria propter eandem utilitatem; ut faciendum esse præcipitur quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, et occurrunt alia quæ ad eandem utilitatem tendunt. *L. nam ut ait, D. de legib.*

XII. *Ita proditæ sunt jure civili actiones.* Intellige in rem: quo de genere prius ita proposuerat: nullam habet in rem directam actionem. *Ut quis dominium suum vindicet.* Non recte, dixerit aliquis, dominium suum vindicet; nam si habet, cur petit, quod habet? si non habet, in rem agere non potest, *L. in rem, D. de rei vind.* An igitur hac objectione moti, cum Accursio per dominium suum, rem dominii sui accipiemus ut ille fecit? Nihil necesse est. Et qui rem vindicat recte dicitur dominium vindicare. Hoc enim vindicare significat suum esse dicere, sibi asserere quid proprium quod et re vera proprium est. At enim frustra vindicat dominium qui habet. Frustra, si quis vindicando dominium peteret. Nunc autem de dominio non agit ut habeat, sed ut res sibi restituatur quæ abest: quod quia consequi non potest nisi se prius dominum esse probaverit, ideo ab intentione dominii orditur, et se dominum esse contendit, ac talem se esse pronuntiari postulat; quod et illo probante ut fiat, primum officium est judicis in hac actione. *L. et ex diverso, §. 1. D. de rei vind.*

XIII. *Durum* (10) *erat eo casu deficere actionem.* Durum, iniquum et injustum; quod tum maxime usurpatur, cum verbis juris nimis inhærendo æquitatem omittimus: sic hoc verbi explicatur in *L. illud, D. de her. pet.* ubi quod initio durum dicitur in oratione Hadriani, paulo post dicitur injustum. Translatio ducta a rebus duris quæ, quia natura sunt rigida et immota, ideo tractanti non cedunt, nec ulla arte tractando molliri possunt. Tale est jus summum, quod verba præfracte retinens, æquitate se vinci aut molliri non patitur; æquitati nihil concedens; æquitati inexorabile. Unde et fit iniquum; *ex quo illud: Summum jus, summa injuria, factum,* inquit Cicero, *tritum sermone proverbium, Lib. 1. Off.* usurpatum a Terentio in Heaut. Hujus autem generis est hoc jus quo in rem actio datur domino, si domini verbum præfracte urgendo, non patimur id jus produci ad illos qui domini non sint, quanvis ii incidant quos æquum sit in hac re pro dominis habere et tueri. Hoc est igitur quod hic durum et iniquum recte dicitur. Iniquum autem hoc casu deficere actionem, quia possessio ejus qui rem pro sua possidet et colit, si est justa, id est si eam ex justa caussa et bona fide nactus est, hoc meretur ut possessor in ea re pro domino habeatur, quandiu in eo nulli alii fit injuria; idque ita fit, dum eo facto vero domino res sua non aufertur. Et ita etiam habetur jure. Nam jure gentium bonæ fidei possessor in fructibus percipiendis id juris habet quod dominis prædiorum tributum est, ut similiter percepti fiant ejus pro opera et cultura. *L. qui scit, §. 1. D. de usur. §. si quis a non domino, supra de rer. divis.* Jure autem civili, eum justo tempore possederit, rem usu facit suam, *supra de usuc.* in princ. Et ut desint cætera, at certe justa possessio semel actori jure quæsita est, hanc illi tueri æquum est: ut sive adhuc obtinet, eam retineat; sive casu amisit, danda sit opera ut ei restituatur. Tantum ne eum tueamur adversus verum dominum cui, propter alienam possessionem quantumvis justam, res sua auferri non debet. Cæterum si res agetur cum alio qui dominus non est, semper justus possessor, hoc ipso quod talis est, plus juris habet in possessione obtinenda, quam qui aut nullo jure rem tenet, aut possessionem (11) post eum qui nunc agit nactus est. Æquum igitur

(10) Quam duritiem scite explicat hic Donellus noster et Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *pag.* 326. Hinc bonæ fidei possessor sæpe dicitur domini loco, et vocatur dominus, *L.* 32. *de usucap. L.* 84. *de furt.* Meritoque jure domini fruitur, quoties res est cum alio quam cum domino, quia æquius est illum rem recipere, quam alium eandem tenere, Cujac. *in Papin. ad L.* 14. *h. t.* Voet. *ad §.* 3. *et* 4. *I. h. t. num.* 12.

(11) Receptissimum tamen vulgo est Publicianam non dari contra possessorem noviorem, si et ipse bonam fidem ac titulum habet, nisi ab eodem caussam petitor habeat, tuus per

tur et hactenus eum haberi pro domino laborantem de re sua, id est possessione recuperanda, et ei in hunc casum actionem in rem dari. Idque ita Publiciana actione provisum est, quæ ei qui justam possessionem aliquando nactus est, his de caussis datur adversus omnem possessorem; sic tamen ut verus dominus excipiatur. Quæ æquitas est et jus hujus actionis, ut declaratur in *L. ult. D. de public. in rem act.*

XIV. Intentio hujus actionis notatur his verbis: *in qua dicit is qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse quam non usucepit, et ita vindicat suam esse.* Sed intentio, si ad verba exigitur, adeo falsa, adeo adversus edictum et hunc ipsum locum, ut nihil magis. Quid enim? an non in omni actione, ad recte agendum, id dicendum est quod pro caussa ejus actionis positum est jure aut civili aut prætorio? Sane hoc ipsum, non aliud. Is enim recte quid petit qui petit ex ea caussa, ex qua jure actio constituta est; sic enim ex sua caussa sequitur actio tamquam ejus caussæ effectus, nec sine sua caussa ullus effectus potest intelligi. At actio Publiciana comparata est nominatim ex hac caussa, si quis rem justa ex caussa et bona fide nactus sit, cujus possessionem casu ami-

*L.* 9. §. 4. *h. tit*, tum quia possessio juncta titulo fortior sit nudo titulo. Sneidvin. *ad* §. 3. *et seqq. I. de act. n* 28. Old. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 330. Vasq. 2. *Ill. Contr.* 70. *in fi.* Petr. Barbosa *ad alienam* 11. ipsi 12. *D. Sol. matr. n.* 45. Curt. Jun. *Cons.* 177. *n.* 2. Menoch. *Recup. poss. Remed.* 15. *n.* 91. Wesenb. *ad tit. C. de R. V. n.* 17. Quod tamen declarant, modo et hujus titulus sit justus, caussam dominii præbens, veluti titulus pro herede, de quo *Tit. D. Pro herede* non autem qui *Tit. de Petit. her.* Oldend. *d. loc.* et Sneidvin. *n.* 32. Confer *Lib.* 5. *Civil. Commentar. Cap.* 14. nec in fraudem agentis procuratus, Sneidv. *n.* 31. Oldend. et Wesenb. *d. loc.* et de eo appareat. Alias vel ex eo solo quod antiquior possessio titulata, novior clandestina censetur, ait Barbosa *d. n.* 45. Quidam etiam, ubi petitor ex caussa onerosa tenuit, actionem hanc contra noviorem possessorem ex titulo lucrativo concedunt, quod potior ratio esse debeat damni evitandi quam lucri, Vult. *in d.* §. 3. *et seq. I. de act. n.* 18. post Usillum *ibid. n.* 23. Et Forst. *Tract. Just. P.* 2. *Disp.* 3. *Th.* 4. *lit. D.* Verum hoc omne, etsi non temere ab interpretibus statui videatur, eorum tamen magis auctoritate quam LL. veritate jurisque ratione nititur. Quod et Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 47. sentire, et priora quæ *n.* 16. veluti corrigere videtur. Nam 1.° *d. L.* 9. §. 4. loquitur de casu quo alteri emptori res plane non tradita, per verba *qui tantum emit.* Ac imo 2.° ratio; eo ipso quod prior possessor bonæ fidei et cum titulo dominus a Prætore fingitur, posterior, etsi rem teneat, contra illum fingi nequit; ne duæ fictiones contrariæ in iisdem personis concurrant. Et fictio extremum habile requirit; fuse Alc. *ad L. si is qui*, 15. *de Usucapion.* Quare posterior hic possessor fingi quidem et ipse potest dominus, sed contra eos qui post se venient. Alias 3.° fortior quoque erit fictio quam veritas in vero, contra *L.* 19. §. *pen. locati*, *L.* 8. §. *ult. de opt. leg.* Nam nec verus dominus exceptionem dominii utiliter objicit ei, contra quem actionem efficacem non habet, ut in *Comm. ad Tit. de action.* §. 4. *n.* 15. *vers. sic. sed tamen vindicat.* Ad hæc 4.° semel quæsitum priori quasi dominium ac jus possidendi (quidam dominium possess. vocant) illi sine facto suo et culpa, quæcunque bona fides sit posterioris, adimi nequit. Nisi dicas regulæ *L.* 11. *de R. J.* in iis quæ juris prætorii locum non esse, quod non probabis nec persuadebis. Sed nec 5.° ex auctoritate Prætoris est, ut quem semel loco domini habuit, eundem rursus restituat. Accedit 6.° quod *L. pen. h. tit.* exceptionem justi dominii objiciendam dicit. Hanc quomodo objiciet posterior priori? Immo 7.° quam aliam objiciet? Neque enim regulæ *L.* 156. §. 1. *de R. J.* æquitas eum tuetur, cum non possit dicere se, si acto possideret, contra illum actione experiri posse. At *d. L.* 156. §. 1. est de exceptione contra eundem danda, contra quem foret actio. Neque enim ex. gr. cui actio ex vendito contra Sejum, eidem exceptio rei venditæ contra Cajum; cui actio spolii vel interdictum contra Titium, ei exceptio spolii contra Mævium etc. Et igitur exceptionem objicit possessor contra quem, si ille possideret, ageret. Ageret autem utique non contra antiquiori, sed noviori titulo præditum. Uti nec 8.° absonum forte quod Wesenb. *d. n.* 57. Publicianam inniti præsumpto dominio ex antiquiore possessione. Quod si ita est, hæc præsumptio a noviori possessore, non nisi contraria probatione sui dominii elidetur. Et hæc ita certissima reor. Contrarium autem receptum est, tametsi nullo jure. Quo usu fori, facilis cautio commentitio titulo eludendi hoc judicium. Nam, posterior possessor qui nullo jure tenet, Publicianam timens aut præsagiens, procurare potest antea simulatum instrumentum emptionis, subornare qui vendidisse se tanti vel tanti dicat. Nam etsi tradant, procuratum titulum hunc non prodesse ut supra, etsi ita verissimum sit hunc esse in mala fide; ex alia tamen doctrina DD. facile malignus possessor tuebitur, cum ipsi satis sit bonam fidem allegare, et actori contrarium probandum incumbat, quæ probatio plerunque difficillima. Ast si rationi juris hic in judiciis sua constaret auctoritas, omnis ansa tali commento et vafritiæ ei præcisa foret.

serit. Neque id tantum comprehensum est edicto in *L. 1. L. 7. prætor, D. de publician. in rem act.* sed etiam hoc loco pluribus expressum. Hoc igitur ipsum ad actionem recte instituendam dicere oportet, non aliud. Illud quidem tantum abest, ut dicere debeat actor se usucepisse, ut nunquam detur hæc actio nisi ei qui nondum usucaptum petet, ut est in edicto, *d. L. 1. eod.* aut, ut hoc loco, ei qui nondum dominus ejus rei effectus erit; ut jam hæc intentio dicentis se usucepisse non tantum non sit hujus actionis, ex regula omnium actionum, sed etiam sit ipsi actionis constitutioni, et bis quæ prius hic posita sunt, plane contraria. Non vitamus reprehensionem, si verba hæc *dicat eam rem se usucepisse* interpretemur ex §. *præcedenti* vers. *ut ecce*, ut dicat actor non plene se usucepisse. Nam ne hoc quidem verum est, actorem in hac actione dicere se quasi usucepisse; cum non debeat aliud dicere quam id quod est in caussa hujus actionis, cum ex edicto, tum ex hoc loco; se nimirum rem nactum esse ex justa caussa et bona fide, etsi nondum dominus factus sit per usucapionem. Quod sane qui dicit, non modo de re a se usucapta nihil dicit, sed etiam uitro non usucepisse se fatetur. Et hæc ita sunt, si quis verba Justiniani ita accipiat, quasi velit actorem in hac actione uti his verbis, ut dicat se usucepisse, aut quasi usucepisse. Sed hoc dictum, sive hæc intentio actoris, non ad verba referenda est, sed ad effectum et sententiam verborum. De hoc effectu aliquid loquitur hoc loco Accursius; sed longe aliud sentiens atque ego volo intelligi. Ille enim hoc sentit et ipse explicat, actorem sic agere et intendere debere: Peto rem mihi restitui jure quasi dominii, perinde quasi usucepissem; falsum ex his quæ supra dixi. Ego autem hoc sentio, actorem dicere se usucepisse aut quasi usucepisse, non ut hoc totidem verbis exprimat, sed ut dicat id quod idem valet ad agendum et rem repetendam ac si usucepisset; id tamen quod sit proprium hujus actionis, et quod dicendum atque intendendum esse ex superioribus patet. Dicet igitur id quod supra pro caussa hujus actionis positum est; se scilicet (12) eam rem bona fide emisse a Lucio Titio, et ab eo traditam bona fide accepisse; petere se ut sibi restituatur. Hoc vero qui dicit, vi ipsa hoc dicere videtur, etsi forte nondum rem usuceperit quam ita nactus est; tamen se ita petere eam rem sibi restitui, quasi usucepisset. Nam et hoc ex edicto de Publiciana juris est, ut profecto hoc, effectu inspecto, vere dicat Justinianus actorem dicere se usucepisse; certe pro eo habendum quasi usucepisset quod non usucepit. In quo nihil falsum dicitur neque a Justiniano neque ab actore: vere enim actor non usucepit nec jure civili nec prætorio; sed proposita a Prætore hac actione qua res actori non aliter restitui debet quam domino, plane sic agitur quasi actor usucepisset, quoniam rei alienæ dominus effici non potuit domino ignorante, nisi usucapione. Publiciana ab auctore, de quo bic expressum est in extremo.

XV. Illud postremum hic animadvertendum quod a Justiniano omissum est, et ad actionem recte instituendam omnino pertinet, adversus quem detur hæc actio. Dici-

(12) Atque hæc aptissima pariter ac simplicissima hujus actionis formula, firmata *supra N. 7.* Non quas Accursius et alii comminiscuntur. Unde hanc intentans nihil falsi, nihil fictitium dicere necesse habet. Nedum eum mentiri oportet, ut Speculator voluit. Et fere Cujac. qui 2. *Feud. Tit.* 20. *et* 14. *QQ. Pa. pin. in L.* 15. §. 1. *de inoff.* falsas expositiones ac titulos in foro recipi, ac dari iniquæ actioni colorem scribit; sæpissime nos uti in foro falsis narrationibus ac titulis. Quæ certe supina et crassa locutio ansam præbet facile calumniandi augustissimi juris scientiam alienis ab ea auctoribus. Qui et alias sæpe verba captando, nec qua mente dicatur attendendo, Jurisconsultos nostros carpunt immerenter. Exemplo sit Joan. Passerat. *Præfat. in Libb. Cic. de LL.* Non tam scite se expediunt qui actori dicendum volunt *se quasi usucepisse*, itaque a mendacio vindicant, quia vocula *quasi* fictionem et similitudinem denotet, Azo *in Summa ad Tit. Inst. de act. n.* 16. Vult. *ad* §. 3. *et seq. eod. n.* 21. Sed nec iis assentior qui rem ab eo ceu suam et a se usucaptam peti volunt, ut Cujac. *in Paulo ad L.* 2. *h. t.* Gifan. *in d.* §. 4. et Hot. *ibid.* quia, inquit, ejus est, si non pleni dominii, tamen bonæ fidei ratione et tituli ac usucapionis inchoatæ. A quibus non alienus videtur Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 325. qui nuda facti superficie hic mendacium apparere, juris auctoritate non esse, cum actor dolo nihil asserat, nec immo fallendi; sed ut jus suum persequatur. Neque tamen dico omnem fictionem hic abesse. Sed nulla fictio est in sermone agentis, verum in ipso jure prætorio, quod vel momento inchoatam usucapionem *L.* 12. §. *ult.* habet pro impleta *d. n.* 21. Ubi nihil suppletur in facto et qualitate possidendi, bona fide etc. sed in jure usucapiendi, argum. *L.* 48. §. 1. *de acquir. dom.* Oldend. *d. lo.* Fingere enim legis est, et ut scite Corn. Fronto. Fingere artis est, ut mentiri fraudis, Curt. 3. *Conject. ad Fr.* 13.

tur quidem superiore §. in rem esse ut et in inscriptione tit. de Publiciana in rem actione D. Quod et ipsum statim nos admonet, eam adversus possessorem dari, aut eum qui dolo malo desiit possidere, ut est conditio omnium actionum in rem, ut in caussis actionum exponendis supra ostendi initio §. præcedentis; sufficitque ad eam rem unum exemplum actionis hypothecariæ, quæ et ipsa in rem prætoria est. *L. si fundus. §. in vindicatione. D. de pig. L.* 2. *C. si unus ex plur. creditor. dcb.* Sed, quod de æquitate hujus actionis ante attigi, hoc loco certius monendi sumus proprium hoc esse hujus actionis, ut eum detur adversus omnes possessores, adversus dominum rei non detur, *L. pen. L. ult. D. de public.* Cujus rei ratio significatur hæc in *d. L. ult.* quod quæ æquitas in Publiciana actione tuetur actorem adversus cæteros possessores, quod plus juris habet in re petita, quam cæteri; hæc illum deficit et oppugnat agentem adversus dominum quem constat multo plus juris habere in re sua, quam quemlibet quanvis justum, possessorem qui dominus non sit. Unde et exceptio vulgo usurpari solita adversus Publicianam, si ea res de qua agitur possessoris non sit quæ; exceptio justi dominii vocatur in (13) *L. pen.* ubi eodem sensu, et Publicianæ objieienda esse dicitur. Perpetuum hoc est non minus quam illud, quod placet domino adversus omnem possessorem ultro in rem actionem dari, *L. officium, L. in rem, D. de rei vind.* Immo vero hoc quam illud multo certius. Facilius enim possidenti exceptio datur ad retinendum, quam non possidenti actio ad persequendum; ut si domino detur actio, multo magis ad rem retinendam ei exceptionem competere quis dixerit, juxta regulam juris *L. invitus*, §. 1. *D. de reg. jur.* Sed tamen et vindicanti domino multa sæpe obstant quominus possessor ei rem restituere debeat. Hæc eadem et possidenti ac Publiciana actione convento obstabunt quominus retineat. Et generaliter quibus ex caussis ad summovendam domini retentionem possessori exceptio est, ex iisdem caussis amissa possessione, adversus dominum agenti ad repellendam dominii exceptionem est replicatio, *L. si Titio. D. de rei vind.* scilicet ut et hic exceptio replicatione, tanquam actio exceptione infirmetur, postquam exceptio velut actio quædam est, *L.* 1. *D. de exc. L. in exceptionibus, D. de prob.* replicatio autem nihil nisi exceptio quæ datur actori, *L.* 2. §. 1, *D. de exc.* Tria sunt autem genera earum rerum quæ dominum summovent. Quædam sunt quæ faciunt, ut is pro domino non habeatur adversus possessorem. Quædam, ut possessori, etiam si non possideret, ultro rem tradere aut restituere debeat. Quædam, ut saltem pati debeat rem apud eum manere. Primi generis est res judicata qua quandoque agente domino possessor absolutus est, quo declaratur actorem dominum non videri. Unde exceptio rei judicatæ possessori, et eidem possessione amissa, eum vetere domino agenti adversus exceptionem dominii, rei judicatæ replicatio (14) *L. si quis rem, D. de exc. rei jud.* Ejusdem generis et (15) jusjurandum, si possessor, deferente domino, juraverit rem ejus non esse, aut suam esse. Unde jurisjurandi exceptio et replicatio adversus eum qui detulit, §. *æque, infra de exc.* Utrumque eo pertinens, ut dominus pro domino non habeatur inter easdem personas, quia ita judicatum aut ita juratum est; post quæ nihil amplius quæritur, *L. post rem. D. de re jud.* Secundum genus hanc rationem habet, ut si adversus dominum actio est ut rem non traditam tradat aut restituat, multo magis re tradita sit adversus eum ad retinendum exceptio aut replicatio, *L. vindicantem, D. de evict.* fit autem ut dominus obligetur ad rem tradendam ex venditione, sive vendidit ipse sive procurator ejus ipso mandante; nam et

(13) Et fac. *L.* 173. §. *ult. de R. J.* Neque enim Prætor inducere debuit beneficium in domini injuriam, eive suum auferre. Et æquius est tueri dominum, quam possessorem bonæ fidei *d. L. ult.* Donell. *ad d.* §. 4. *n* 15. Vult. *n.* 15. Sneidvin. *n.* 34. P. Fab. 2. *Semestr.* 17. *pag.* 281. Apparet autem hinc actionem tamen ipso jure consistere, et opponi exceptionem necesse esse. Sneidvin. *d. n.* 34. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *pag.* 33. Proditaque videtur hæc dominii exceptio contra hanc actionem peculiariter. Namque in aliis vel non necessariam, ut in rei vindicatione, ubi contra vindicatio non exceptio proprie est, neque ut Wes. *ad tit. C. de R. V. n.* 56. *et n.* 84. vult, illius species est hæc exceptio, vel ei locum non esse puto. Tametsi multum DD. disceptent, quando remediis possessoriis opponi possit, ut Menoch. passim, Zang. *de Exc. P.* 3. *C.* 24. add. *not. Lib.* 22. *Civil. Commentar. C.* 2. *N.* 3.

(14) Quam et de Publiciana recte exponit Wes. *ad Tit. C. de R. V. n.* 57. et Oldendor. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 329.

(15) Obstare videtur *L.* 7. §. 7. *in fin. h. t.* vid. Wes. *d. n.* 57. et Mudæ ad §. *item si* 11. *I. de act. n.* 24. *et seqq.*

adversus dominum procuratoris ex ea caussa agi potest utili actione ex empto, *L. Julianus*, §. *si procurator*, *D. de act. empt.* Quare, si aut ex sua veuditione rem tradidit emptori, cum adhuc dominus non esset, deinde dominus factus, rem ut suam vindicet, vel agente emptore sibi defendat; aut procurator qui voluntate domini vendiderat, prohibente eo rem tradiderit emptori; utroque casu emptorem tuebitur Prætor; sive possideat, exceptione adversus dominum vindicantem; sive Publiciana rem petat, replicatione adversus dominii exceptionem. De priore specie est in *L. si a Titio, D. de rei vind.* de posteriore in (16) *L. Papinianus, D. de publ.* Ficbat olim ut dominus teneretur ad rem restituendam sine damno dominii rei suæ, sive mobilem eripuisset alteri, sive de fundo alterum dejecisset; illic actione vi bonorum raptorum, *tit. de vi bo. rap. supra;* hic interdicto Unde vi, *L. 1. D. de vi.* Quæ res faciebat ut, si hæc adversus justum possessorem admissa essent, sic posset possessor etiam Publiciana adversus dominum experiri, ut esset actio utilis; cui si objiceretur dominii exceptio, actor replicatione doli uteretur, quando ei etiam ultro actio in personam ad rem recuperandam competeret, *L. damni*, §. *non solum, D. de damn. inf.* Hodie, post eas constitutiones quæ raptori et invasori dominium perire jubent et in adversarium transire, *L. si quis in tantam, C. unde vi*, §. *sed ne dum, supra de vi bon. rap.* huic quæstioni in hac specie locus non est; in qua, nec qui prior dominus fuerat, dominus manet, ut possit adhuc rem vindicare; et qui prius possidebat, ita jam fit dominus, ut non agat adversus alium dominum, cum ipse sit dominus; nec agat Publiciana, cum ei civilis in rem actio cœperit competere. Tertii generis sunt transactio, omnisque pactio qua placuit inter dominum et possessorem, ut possessor fundum retineret: hanc enim conventionem ita tuetur prætor edicto de pactis ut, sive iterum agatur cum possessore, pacti exceptione defendatur; sive possessione amissa a domino petat, adversus exceptionem dominii replicatione adjuvetur, ut est vulgaris pacti exceptio, §. *præterea infra, de exc. L. cum proponas*, 2. *C. de pact.*

(16) Cujus tamen decisio dubio non vacat, vid. Cujac. 6. *QQ. Papin. ad d. L.* 14. Oldend. *Cl.* 3. *Act.* 3. *p.* 328. *et seqq.* Forner. 3. *Select.* 6. Refert et Cujac. 10. *Obs.* 6. casus quibus hæc exceptio replicatione doli, vel in factum elidatur, exstare in *L.* 63. *de R. V. L.* 31. *Ex quib. ca. maj. L.* 57. *Mand. add. L.* 28. *de nox. act.* Mercer. in *L.* 18. *de pign. n.* 14.

## RURSUS EX DIVERSO.

## §. V.



Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ caussæ caussa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus qui in civitate esset, usuceperit; permittitur domino, si possessor reipublicæ caussa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam petere: id est, ita petere, ut dicat possessorem usu non cepisse, et ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam et aliis, simili æquitate motus prætor adcommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

I. Hic proponitur actio in rem superiori contraria: ut non immerito dicatur permitti ex diverso. Nam Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor usucaptam dicit. Hic actio est qua agitur converso modo, id est de re usucapta quam actor non usucaptam intendit. Est autem de re olim nostra quæ, semel usucapta, nostra esse desiit jure civili: post, beneficio et restitutione prætoris, ad jus nostrum rediit, rescissa nimirum usucapione. Unde et actio eadem in rem, sed utilis. De qua cum ad rei, tum ad hujus loci explicationem hæc cognoscenda sunt, cui quave ex caussa hæc actio constituta sit; quæ ratio et æquitas ex ea caussa hujus actionis introducendæ: intra quod tempus constituta; quam intentionem habeat; adversus quem detur; quis exitus hujus actionis, et quodnam in ea officium judicis: quorum singula hic ordine breviter magis significantur, quam attinguntur. Postremo quo nomine appelletur; de quo solet dubitari, neque hoc loco indicatur. Quod eo proderit ut sicubi nomen occurret, liceat ex nomine actionem agnoscere. Habet hæc actio hanc caussam, si quis rem olim suam vindicet quæ postea in alium translata sit, sed ea translatione quam æquum sit rescindi. quæ et ipsa rescissa sit. Quod ostenditur hoc loco exemplo rei nostræ ab alio usucaptæ, quæ usucapio postea justis de caussis rescindatur; sed nihilominus ut intelligi debeat pertinere hæc ad alias rei nostræ translationes complures quæ, aliis de caussis, itidem rescindantur a prætore: de quo in extremo. Volumus rem olim fuisse actoris; quia si ante usucapionem ejus non fuit, ne ejus quidem erit, rescissa usucapione; ut proinde nec tunc tanquam suam possit vindicare. Hoc expressit Justinianus hoc loco, cum ait permitti hanc actionem domino. Ubi aperte dominum vocat qui olim fuit; cum hujus rem ante quam agat, dicat usucaptam fuisse. Sic ut dixi in §. *præced.* appellatur insula quæ ante fuit insula, rei facilius explicandæ caussa, in *L. insula*, in fin. *D. de acq. rer. do.* Volumus postea usucaptam esse; quod hic expressum est, quia si res nondum a posses-

anre nsncapta sit, veleris domini manet: ad quam vindicandam ideo ei competit directa in rem actio, ut vero domino; nec desiderat auxilium extraordinarium. *L. ab hostibus captis, C. de postl. rev.* Volumus eam usucapionem esse, quæ remoto etiam beneficio ætatis, domino veteri nocere non debeat. Ac jure prætorio placet non nocere duabus de caussis; aut propter absentiam ejus cujus res usucapta est, aut propter absentiam ejus qui usucepit.

II. Propter abseotiam ejus cujus res (1) usucapta est; si aut necessaria aliqua de caussa, aut justa, vel probabili abfuerit, per id tempus, quo res usueapta est. Necessaria, veluti si legationis publicæ, si militiæ, in summa si Reip. caussa abfuerit; si fuerit in vineulis, in potestate hostium, in servitute. Justa et probabili, veluti si abfuerit studiorum caussa. De hac parte cautum est edicto de majoribus prima clausula *L. 1. D. ex quib. caus. maj.* sententia clausulæ expressa in *d. L. ab hostibus captis, C. de postl. rever.* Exempla justæ et probabilis absentiæ tradita io *L. sed etsi, §. ult.* et seqq. duabus *D. ex quib. causs. maj.* De hac parte nihil hic aperte Justinianus; sed significat illis verbis, cum ait Prætorem simili æquitate motum, hoc genus actionis et aliis quibusdam accommodare. Prius enim dixerat de iis, quorum in civitate manentium usucapta res est ab iis qui ipsi aberant. Nunc ait et aliis personis eandem actionem accommodari, et simili æquitate, nempe ob eandem caussam, id est propter usucapionem cui similis absentia locum dederit. Id autem accidit in iis qui, cum suprascriptis de caussis abessent, eorum e converso res usucapta est ab iis qui in civitate erant; de quibus, ut dixi, superioribus locis expressum est. Cum autem Prætor hanc usucapionem rescindit, hujus partis æquitas manifesta est. Aperte enim iniquum est necessariam aut justam absentiam cuiquam nocere, per quam factum sit quominus dominus, quia aberat, possessorem qoi in civitate erat, posset convenire de re sua, et ita usucapionem interpellare. Atque hæc hujus partis æquitas est, qua motum Prætorem Justinianus scribit in hanc quoque speciem actionem eandem accommodasse.

III. Quod hic tribuitur absenti, cujus res per caussam superioris absentiæ, ab eo qui in civitate erat usucapta est, idem eodem edicto tributum est in civitate manenti, cujus rem usucepit is qui aberat, cujus conveniendi potestas non fuit; de qua specie hic comprehensum est in principio. Ita fit quod Ulpianus de his partibus edicti scribit in *L. item ait,* in pr. *D. ex quib. caus. maj.* ut priore succurrat suprascriptis personis ne capiantur; posteriore adversus ipsas ne capiant; denique, quemadmodum ipsis absentia non nocet, sic etiam ne prosit. Sed ut proponitur hæc pars posterior hoc loco, indiget cautione. Nam de eo qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, ut proponat eum qui, ut in superiore parte, Reip. caussa aut alia necessaria abfuerit, quasi ad rescindendam usucapionem ejus qui per absentiam suam usucepit, oporteat eum necessaria aliqua aot probabili de caussa abesse, ac non eadem rescissio sit adversus eum qui voluntate sua abfuit. Scribit præterea sic adversus eum qui absens usucepit, rescindi usucapionem, ut nihil amplius requirat quam absentiam. Quorum utrumque discimus ex edicto secus esse. Nam prima clausula quæ est de iis personis absentium, quæ per eam absentiam aliquid amiserunt, et ut nunc quæritur, quarum res usucapta est, ita

(1) Exemplum usucapionis, contra quam ex absentiæ caussa restitutio datur, frequentius occurrit. Nec tantum si interim completa usucapio, sed et si reverso eo intra modicum tempus, *L. 5. §. ult. h. tit.* de quo Ant. Fab. *ibid.* Duar. ad *h. t. Cod. f.* 132. Mudæ. ad *L. 3. Cod. de restit. milit.* Azo *in Summa C. de restit. milit, n.* 11. *et seq.* Menoch. *Arb. Cas.* 33. Sed et ex aliis caussis restitutio facienda *L. 3o. in fin. hoc tit.* ut adversus venditionem *L. 6. Cod. de restit. mil.* præscriptionem quamvis temporalem *L. 1. L. 5. Codic. eod.* adversus sententiam *d. L. 3o. in fin. D. L. 1. Cod. hoc tit.* Cujac. 7. *ad Afr. in L. 29. hoc. t.* vid. item 22. *Obs.* 18. et Henr. a Suerin. *Repet. Lect. C.* 14. Ubi si abfuit cum caussa ageretur, et indefensus condemnatus, instauratio judicii fit *d. L. 1.* Si vero Ipse litigavit usque ad conclusionem caussæ, et deinde eo absente lata sententia, aliud statuit Sich. ad *L. 1. C. h. t. n.* 8. *et* 9. tametsi restitui ad appellandum, decennio lapso, concedat. De restitutione in integrum majorum adversus sententiam, maxime ex caussa instrumentorum noviter repertorum, fusissime Odd. *P. 2. Q.* 73. *et seqq.* Sic quoque, etsi edicti partis 2. verba tantum de restituendis actionibus temporalibus quarum dies exiit, sententia tamen pertinet quoque ad eas quarum conditio defecit et quæ nondum natæ; ut *L. 43. hoc. tit.* ubi Ant. Fab. et Cujac. *ibid.* 7. *ad Afr.* scribens duplicem esse actionem restitutoriam 1.° ex edicto. 2.° ex decreto, seu officio Prætoris. Sed et alia impedimenta, præter absentiam, ab adversario exorta huc spectant, vid. Odd, *P. 1. Q.* 12.

his personis succurritur; itaque his usucapio non nocet, si, ut dixi, necessaria aut probabili aliqua de caussa abfuerunt, non si animi caussa, aut etiam utilitate rei familiaris cogente. Secunda autem clausula quæ est de iis absentibus qui per eam absentiam quid consecuti sunt, et ut de usucapione nunc agitur, qui rem alienam usuceperunt, sic succurritur adversus eos, sic his usucapio non prodest, ut nihil intersit qua de caussa abfuerint, utrum necessaria aliqua vel probabili, an plane voluntaria; nihil enim distinguitur in edicto. Idque est, quod Ulpianus de hac secunda clausula loquens in *L. item ait*, §. 1. *D. ex quib. caus. ma.* scribit his verbis: *et erit notandum, quod plus Prætor expressit, cum adversus eos* (qui absunt) *restituit, quam cum ipsis subvenit* (ut in prima clausula præcedente) nam hic (id est in secunda clausula de qua loquebatur) *non certas personas enumeravit, adversus quas subvenit, ut supra; sed adjecit clausulam, qua omnes qui absentes non defenduntur, complexus est. Omnes absentes*, id est omnes, quacunque de caussa absint, cum supra caussæ absentiæ distinguantur. Et certe, si justissima etiam absentia de qua hic comprehensum est, nihil prodest absenti ad usucapionem retinendam, absurdum sit ei prodesse absentiam voluntariam. Sed ut prioribus non nocet absentia nisi justa; itadum hæc interveniat, sic his succurritur ut ipsis non noceat habuisse domi procuratorem, per quem agere possent cum possessore et interpellare usucapionem. Posterioribus autem, quemadmodum nulla absentia prodest ad usucapionem retinendam; ita pro his hoc exigitur ut non aliter rescindatur adversus eos usucapio, quam si usuceperint cum absentes non defenderentur, *d. L. item ait*, in prin. et §. 1. Quod eo pertinet, ut si quem habuerunt domi, non solum procuratorem sed etiam amicum, qui interrogatus suscipere potuerit defensionem; si eos ultro non interpellavit actor, aut quæsiti et interpellanti parati sunt defendere; non debeant absentes inquietari, *d. L. item ait*, §. *hæc autem L. ergo*, *seq. D. ex quib. caus. maj.* dum intelligamus defensionem esse idoneam quæ offerri debeat, si et judicium non detrectetur, et judicatum solvi satisdetur, *d. L. item*, §. *ult.* Quod si aut nemo sit qui possit interrogari, aut procurator vel amici interrogati defensioni idoneæ se non offerant; tum vere dicetur absentes non defendi, et restitutioni ac rescissioni usucapionis locus est, *L. ergo, ex quib. caus. maj.* Atque hæc etiam ita gesta esse constare debet; quamobrem ea complecti testatione oportet, ut est in *d. L. ergo*, id est dare operam, ut sit scriptura in qua hæc ita gesta esse scriptum sit, attestantibus et obsignantibus idoneis testibus ad eam rem adhibitis: de quo genere testationis et testium accipi debet *L. careat, D. de prob.*

IV. Quarum rerum æquitas hæc est, rationem in utramque partem atque hoc modo actionem introducendi continens; quod uti æquum est justam absentiam absenti non nocere, ita æquum nec nocere alteri; et quod idem est, sicut damno absens propter absentiam affici non debet, sic nec lucrum facere, *L. ergo, ex quib. caus. maj.* Utrumque tamen ita, si nihil sit quod domino cujus res usucapta est, imputetur quod cum possessore actum non sit et interpellata ejus usucapio. At absenti, cujus res per justam ejus absentiam usucapta est, nihil est quod imputari possit, si nec alius quem domi idoneum actorem habuit, usucapionem interpellavit. Nam ipse non potuit agere cum possessore propter absentiam. Procurator ejus potuit; sed si non fecit, nulla domini culpa est, qui non potuit absens eum cogere, *L. nullum, D. de reg. jur. L. cum quidam*, §. *si a pupillo, D. de usur.* Contra vero ei domino, cujus in civitate manentis rem usucepit absens, est quod possit imputari, si non interpellavit usucapionem, aut non dedit operam ut interpellaret, cum posset aut procuratorem absentis convenire aut amicum qui absentis defensionem susciperet. Illud animadvertendum in hac parte, quod significatur hoc loco, ut et in edicto, eos qui sunt in hostium potestate, posse rem usucapere; quod sic accipiendum est, ut possint per eos qui in eorum potestate fuerunt, si quid possederint ex re peculiari; per se autem non possint usucapere, qui nec possunt possidere, ipsi ab aliis possessi, *L. ait*, §. 1. §. *si plane, D. ex quib. caus. maj. L. cum heredes*, §. 1. *D. de acq. pos.*

V. Non est satis ex his caussis usucapionem rescindi posse: volumus etiam rescissam esse, priusquam competat veteri domino actio de qua agitur. *Permittitur*, inquit Justinianus, *domino rescissa usucapione rem petere.* Rescinditur autem usucapio, impetrata adversus eam a magistratu in integrum restitutione, quam Prætor ex supra scriptis caussis pollicetur edicto de majoribus; cum qua (2) eodem tempore usucapionem rescindit, et

(2) Duplex enim in restitutione, ex recepta nostrorum sententia remedium vel judicium;

pristinam actionem restituit, quæ tempore amissa erat. Quinimo, de rescissione usucapionis aperte nihil cavens, solum pollicetur se earum rerum de quibus prius comprehensum erat, actionem in integrum restituturum. Sed non est restitutio nisi redintegratio rei amissæ, *L.* 2. *C. in quib. caus. in inte. rest. nec. non est*, nec redintegratur amissa, nisi pro infectis habitis, id est rescissis his propter quæ amissa erat. Itaque his verbis pollicetur, ut dixi, eodem tempore et usucapionis rescissionem, at hac rescissa, simul veterem actionem. Verumtamen actionem non prius quam rescissa sit usucapio, ut hic expressum est.

VI. Quod quoniam ita est ut, ante hanc rescissionem, actio de qua sermo est, non competat; pertinet ad caussam ejus actionis nosse quando, seu intra quod tempus rescissio ista peti possit; ne si post tempus petatur, nulla sit rescissio, eoque nulla actio. Bene igitur hic additum est, rescissa intra annum usucapione; ut intelligamus intra istum annum rescissionem hanc peti posse, ex exinde simul competere posse actionem; post annum autem, ut rescindi amplius usucapio non potest, sic nullam hanc in posterum actionem futuram, *L.* 2. *C. de rest. nul. L. ult. C. quib. ex caus. maj.* sumptum ex edicto quo restitutionem hanc Prætor intra annum pollicetur, *L.* 1. *D. ex quib. caus. maj.* Sed addidit Prætor, quod huc transferendum est, *intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit.* Quibus verbis et initium hujus anni designavit, et quibus diebus eum annum constare vellet ostendit. Initium unde hunc annum computari oporteat, hic expressum est ut sit initium tunc, cum primum is qui aberat, abesse desierit: tunc enim particula hic addita, extremum tempus quo quis abesse desiit, significat, *L.* 4. *D. de cond. et demon.* At hoc tempus est, cum primum cum eo qui aberat, experiundi potestas est.

VII. De diebus autem, significarunt Prætores superioribus verbis se intelligere eum annum qui constaret quidem trecentis sexaginta quinque diebus, ut est anni circulus, *L. anniculus non statim, D. de ver. sig.* sed constaret his non continuis, quæ civilis et ordinaria anni computatio est, *d. L. anniculus*, verum iis quibus agendi potestas esset; qui ideo a veteribus dicti sunt utiles, ut intelligerentur utiles ad eam rem de qua agebatur, id est ad agendum, *L.* 1. *D. de div. temp. præs.* unde annus, et omne tempus utile dictum, quod his diebus constaret, *L.* 2. *D. quis. or. in bo. pos. ser.* Sed hoc olim tempus fuit restitutioni postulandæ ex edictis Prætorum. Jus postea constitutione Justiniani mutatum, et præfiniti omnibus in integrum restitutionibus anni quatuor continui, quorum initium sit ex eo die ex quo annus utilis cedebat, *L. ult. C. de temp. in int. rest.* Illud meminerimus totum hoc tempus edicto præstitui restitutioni actionis, non actioni; pollicetur enim Prætor non se veterem actio-

rescindens, quo restitutio conceditur, per quod submovetur obstaculum et impedimentum ob quod agi non poterat; et rescissorium, quod rescisso obstaculo competere incipit, nec nisi prævia rescissione effectum producere potest, *L.* 13. §. 1. verbis *rescissa alienatione, dato in rem judicio, de minor.* Vid. Zas. ad §. *rursus*, 5. *I. de act. n.* 4. *et seqq.* Sich. *ad Rub. Cod. de in int. rest. n.* 4. Ant. Fab. 7. *Err. Prag.* 1. Mauric. *Cap.* 1. *n.* 6. *et* 7. *etc.* 4. *et seqq.* Odd. *P.* 1. *Q.* 33. Et ex ritu veteri rescissio tota peragebatur apud Prætorem, actio vero rescissoria apud judicem datum; separatumque erat officium Prætoris qui recindebat alienationem vel usucapionem, et dabat actionem rescissoriam ab officio judicis qui de eo cognoscebat. Sed postquam ille judiciorum dandorum mos exolevit, ac magistratus ipse partibus judicis fungitur, eadem opera utrumque peti et obtineri posse statuit. Duar. *ad Titul. D. de minor.* ad verba *ut putarem f.* 85. *et ad h. tit. f.* 131. Et hoc est quod DD. volunt rescindentis et rescissorii judicii cumulationem admitti, quod et usus servat; Rebuff. *h. tit. in præfat. in fin. et artic. Gallico gl.* 5. *n.* 11. Myns. 2. *Obs.* 25. Guid. Papæ *Q.* 143. *ibique in annot.* Ant. Rambaud. Oldend. *Progym. act. Cl.* 6. *Act.* 8. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 10. *n.* 9. Odd. *P.* 1. *Q.* 33. *Artic.* 5. Diss. Ant. Fab. 7. *Error. Prag.* 1. Quia ea demum, ait, una petitione conjungi possint, quæ simul et semel tractantur, et inter quæ nullus ordo. Atqui rescindens præparatorium est rescissorii, et necessario præcedere debet. Quomodo enim actionem in rem ex. gr. potest dare Prætor, nisi sub formula Si apparebit rem esse petitoris? Jam vero non constat esse ejus, nisi rescissa alienatione. Sed his occurri potest ex Mauric. *d. C.* 9. Possunt enim hæc ita successive conjungi, ex. gr. Peto me restitui contra sententiam, et restitutione concessa, fundum ablatum reddi. Sed etsi cumulatio simplex sit, æquius tamen est conditionaliter eam intelligi, ut Odd. *d. Art.* 5. Quid quod exosa legislatoribus judiciorum multiplicatio et circuitus, ubicunque uno judicio plura peragi possunt? Mudæ. ad *L.* 3. *C. de restit. mil.* Frustra enim fit per plura quod potest per pauciora, de quo belle Dantes Aligher. *Lib.* 1. *de Monarchia in Syntag. Tract. de jurisd.* edito a Simone Schardio *f.* 85.

nem intra id tempus daturum, sed intra id tempus restituturum. Inter quæ ad tempus hujus actionis multum interest; de quo, quia ex superioribus quæstio incidit, hic opportunus locus videtur monendi.

VIII. Nempe eo pertinet, ut intelligamus actionem quæ hic datur, non posse dici competere intra tempus suprascriptum, sed esse perpetuam. Nam ante quam rescissa sit usucapio, hic traditur rem peti non posse, id est actionem de ea re non competere. Proinde, ante eam rescissionem, non potest dici actio competere intra id tempus, quæ actio ante nulla est. Sane intra id tempus rescissa usucapione, recte dicitur etiam intra id tempus agi hac actione, quia post restitutionem agitur, *d. L. ab hostibus captis, C. de postl. rev.* Sed non ideo ante restitutionem ea actio competit, quamvis intra statutum tempus, quia, ut dixi, ante restitutionem nulla est. Postquam autem impetrata rescissio est et restituta actio, exinde incipit actio esse perpetua ei cui restituta est. Datur enim domino veteri, remota usucapionis caussa, quæ illi, quominus ut ante dominus esset, obstabat. Hac remota, necesse est ei (3) perpetuo competere actionem ut prius, quamdiu erit dominus, eandemque etiam in eum ad quem res transierit, transferri. Neque hic locus aut edictum refragatur. Nam hic statuitur tempus, intra quod rescindatur usucapio, non intra quod detur actio usucapione rescissa; et edictum restitutioni petendæ præstituit tempus, non actioni restitutæ. Quinimo restitutionis verbum declarat, integram restitui veterem actionem; ut si nondum amissa perpetua fuit, sit et perpetua quæ est restituta. Ergo hac impetrata restitutione a vetere domino, atque ita rescissa priore usucapione adversarii, habemus caussam ex qua hæc actio domino nascitur; tunc enim primum ei competit restituta, et ut hic scriptum est, tunc permittitur domino rem ut suam petere.

IX. In rem hæc actio est, ut ante proposuit in §. *sed istæ*, vers. *ut ecce*. Unde et petendi verbum quo hic utitur, quo proprie significatur actio in rem, *L. actio. D. de obl. et act. L. pecuniæ, §. actionis, D. de ver. sig.* Inde et mentio hujus actionis quæ hoc loco adjicitur: *permittitur*, inquit, *domino rem usucaptam petere*, id est ita petere, ut dicat possessorem non usucepisse, et ob id suam rem esse; et tamen res vere usucapta erat, ut hic proponitur initio. Unde et restitutio necessaria ad rescindendam usucapionem. An non igitur mentitur actor, aut potius an non secum contraria loquitur, qui dicat adversarium non usucepisse, quod prius in restitutione petenda fassus est eum usucepisse? Immo recte utrumque et vere, pro diverso jure quo hæc caussa defenditur. Adversarius vere rem usucepit, sed jure civili. At hæc usucapio per restitutionem in integrum rescinditur jure prætorio. Qua rescissione secuta, jam consequitur actor hoc jure, ut vere dicat adversarium non usucepisse, quia effectu res eo rediit, ut nulla sit usucapio quæ rescissa est. Ita illud ad summum jus et id quod initio fuit, hoc ad rescissionem secu-

(3) Sed hæc plane contraria sunt, *L. 35. in fin. pr. de O. et A.* et ab omnium sententia aliena. Et refellitur noster ex *L. 31. hoc tit.* ubi ita demum perpetua actio, si possessionem nactus eam postea amisit, exinde quia nulla amplius restitutione eget qui rem suam recepit sine vitio, ita ut et postea evinci nunquam possit. Et fit actio perpetua, *d. L. 31.* non beneficio restitutionis, sed possessionis recuperatæ, quæ non solum exceptionis perpetuæ jus peperit, sed et vicem supplet, non litis contestationis solum, ut Odd. *P. 1. Q. 21. Art. 4. n. 20.* verum restitutionis non modo petitæ, sed et impetratæ et exsecutioni mandatæ; cum ita desinat necessaria esse restitutio, nec quidquam verendum possidenti, ne res sua ipsi auferatur, vid. Anton. Fab. ad *d. L. 31.* Quod si actio sic restituta semper perpetua, non video quæ *d. L. 31.* vel sit vel fingi possit dubitandi ratio. Hoc inter nostros non convenit, an idem quadriennium quod restitutioni integrum hodie, aut annus utilis olim, sit huic actioni rescissoriæ. Quod vult Duar. ad *T. Cod. de temp. in int. rest. fol.* 134. 1.° Quia hæc remedia novo jure non separata, sed eadem opera Prætor rescindit et de actione cognoscit. 2.° Quia edicto Prætoris unius tantum anni mentio. Nec dicit Prætor: dabo actionem restitutoriam intra alium annum. 3.° Quia quadriennium datur ad finiendam litem *L. ult. C. de temp. in int.* Et Mudæ. ad *d. L. ult.* etsi largiatur olim alium annum utilem fuisse actioni restitutoriæ, tamen hodie aliud. Quid enim promovisset Justinianus *d. L. ult.* si judicio tantum rescindenti quadriennium præfixisset, si restitutæ actioni adhuc unum annum utilem inutili actionum multiplicatione conservasset? Sed alii communius, obtenta jam restitutione, ubi primum competere cœpit rescissoria, eam anno durare *d. L. 35. in fin. pr. L. 3. Cod. de restit. milit.* Wurmser. *Lib. 1. Tit. 25. Obs. 4. n. 12.* Sneidvin. *in §. rursus 5. I. de act. n. 76.* Mauric. *Cap. 6. n. 7.* Ant. Fab. ad *L. 15. §. ult. et ad L. 31. h. tit.* vid. Odd. *P. 1. Q. 21. Art. 3. et 4.* Nam in *d. L. ult.* verba *ad finiendam litem* intelliguntur quoad restitutionis judicium, non actionis restitutæ.

tam et effectum juris relatum, verissime utrumque dicitur.

X. Hæc actio cum in rem sit, genus ipsum actionis nos admonet adversus eum dari qui possidet, aut dolo malo desiit possidere, ut dantur cæteræ in rem actiones, etiam prætoriæ, *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pig.*

XI. Cum autem domino veteri detur ita rem suam vindicanti, ut si nunquam dominus esse desiisset; plane idem exitus hujus actionis intelligi debet, idemque in ea officium judicis ad rei restitutionem et fructuum, qualia hæc in directa actione et civili esse diximus, per quam quis rem jure civili suam vindicet. De quo scripsi ad §. 1. *supra.*

XII. Quod superest, dicitur hæc actio in rem rescissoria, *L. ab hostibus captis*, *C. de postl. rev. L. nec non*, §. *ult. D. ex quib. causs. maj.* Rescissoria, non quod rescindat usucapionem aut ad hanc rescindendam detur, sed contra, quod sit ex restitutione istius usucapionis; de quo jam iter omnes non doctos modo, sed in jure etiam mediocriter versatos constare video; adeo, id et hoc loco et aliis quibusdam aperte declaratur. Hoc quidem loco scriptum est hanc permitti, rescissa prius usucapione. In *L. in honorariis*, *D. de ob. et act.* dicitur etiam expressius rescissa usucapione reddi. Et, quod dem valet, dicitur in integrum restitutis dari in *L. ult. C. quib. ex causs. maj.* Prius ergo non erat, sed ex hac rescissione et restitutione nata est; ut sane non possit competere ad rescindendam usucapionem, quæ prius quam hac actione experiri liceat, jam rescissa est. Diciturque hoc modo (4) rescissoria consimiliter ut restitutoria, quæ mulieri ab intercessione liberata, redditur creditori adversus veterem debitorem qui per intercessionem mulieris novatione aut acceptilatione liberatus erat. *L. quamvis*. §. *si convenerit*, vers. *Marcellus*. §. *si mulieri*, *L. aliquando*, §. *ult. D. ad Vell.* Quo verbo non significatur ea quæ creditori competat, ut aliquid restituatur; sed quæ, rescissa prius intercessione, restituta est a Prætore, cum prius esset amissa, *L. si mulier*, 16. in fin. *L. ult.* in fin. *D. ad Vell.*

XIII. Dicitur hæc eadem actio de qua agimus, actio rescissoria (5) in rem utilis in *L. ult. C. quib. ex causs. maj.* utilis eo sensu quo opponitur utilis directæ; hæc enim opponitur directæ vindicationi in *d. L. ab hostibus captis*, *C. de postl. rev.* Eodem plane exemplo et ratione, qua Publicianam utilem dici et a directa separari supra ostendimus §. *namque*. Nam et hæc ad jus civile relata ex verbis ejus juris non competit; cum jure civili non sint proditæ in rem actiones nisi ei qui dominium suum vindicet, *d.* §. *namque*; in proposito autem actor, re sua usucapta, dominus esse desiit, sed restitutus a prætore, sequitur ut pro domino qui ante fuit, habeatur. Quo posito, jam eadem caussa, eoque ratio et sententia juris civilis eandem actionem admittit; quæ tamen, cum verba juris cessant, non potest esse directa, sed erit utilis ex sententia.

XIV. Sunt qui putent hanc quoque Publicianam appellari a Paulo in *L. in honorariis*. *D. de ob. et act.* ex verbis: *Illæ autem* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri; item Publiciana quæ ad exemplum vindicationis datur, sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra jus civile datur.* Hoc posterius ad actionem Publicianam referunt, cujus proxime mentio facta erat, et sic accipiunt: sed cum Publiciana, non ad exemplum vindicationis datur, sed rescissa usucapione redditur, anno finitur. Et sane verba hæc *sed cum redditur* ambigua sunt; in quibus, salva ratione recti sermonis, potest subintelligi Publiciana actio quæ modo appellata erat; potest et generaliter actio, ut sit sensus:

(4) Duar. *ad t. D. de minorib. f.* 85. *et ad t. D. Quibus ex caus. mai. f.* 130. Rescissoria, quia datur, rescisso eo quod gestum est. Restitutoria, quia restituitur actio amissa. Aliquando tamen nova actio datur, quæ nunquam ante competit ut *L.* 43. *h. tit.* Unde quidam rescissoriam duplicem faciunt, institutoriam, *d. L.* 43. et restitutoriam, vid. Mauric. *Cap.* 5.

(5) Si scilicet contra usucapionem. Nam et actio temporalis cujus dies exiit, ipsa restituitur per *L.* 1. *h. t.* Et hoc quidem casu manere directam actionem quæ prius competiit, vult Accurs. quasi quæ tempore sublata non sit, sed adversus præscriptionem temporis replicari per in integrum restitutionem, et Mauric. *Cap.* 8. *n.* 3. Parlad. 1. *Rer. Quotid.* 1. §. 4. *n.* 6. Sed Anton. Fab. *L.* 15. §. *ult. hoc tit.* si actio vere temporalis, prætoria vel ædilitia, tempore eam finiri; non quia tempus modus tollendæ obligationis, sed quia actiones eæ hanc naturam habent a voluntate Prætoris qui introduxit. In actionibus vero perpetuis, quæ tempore perimuntur per præscriptionem, admittit opinionem Accursii. Quanquam et recta ac principaliter actio peti possit per in integrum restitutionem.

sed cum actio redditur rescissa usucapione. Quod si, omissa quæstione de re, in verbis tantum consistimus, malim et ipse prius accipi quam posterius; dilucidius est enim et rectius verbum referri ad id subjectum quod proxime præcessit, quam generaliter ad actionis verbum quod erat remotius. Sed si hæc rescissoria de qua agimus non est Publiciana, res apud nos potior quam verba esse debet, et in ambigua oratione id accipiendum est quod vitio caret, *L. ambigua, D. de leg.* Et tamen ne sic quidem, de hoc verbo aut de auctore, litem cuiquam moveam aut movendam putem, si hoc tantum quæratur quis sit auctor. Utrum enim sit inducta a prætore Publicio an ab alio, dum semper eodem modo eodemque jure competat, ad rem nihil interest. Sed si in auctore id agitur, ut Publicio constituto. vocetur Publiciana, verbum autem deinde ad rem confertur, ut scilicet, cum alicubi in jure nominatur absolute Publiciana, ibi hæc quoque rescissoria intelligatur; hoc est cur interesse putem quæri, utrum sit hæc etiam actio Publiciana, aut nsquam ita vocetur an non, ut ex nomine de re quoque æstimetur. Atque, hac ipsa de caussa, puto monendum esse, hanc actionem non esse a Publicio prætore, aut dici Publicianam. Moveor his rebus. Nam supra, ubi Publicianam nominari oportebat, ibi nominata est, et indicatum unde nomen, nempe in §. *namque, præcedenti.* Si et hæc erat Publiciana, idem et de nomine moneri conveniebat. Quod cum factum non sit, magnum argumentum est idem huic actioni nomen, eundem auctorem non fuisse. Aut quæro cur, cum in utroque genere pariter interesset id indicari, in uno tantum id factum sit, in altero omissum? Ac ne putemus nominatam hic tantum Publicianam actionem; etiam postea, quæ actiones certum nomen habuerunt inter actiones in rem prætorias, eas suis nominibus etiam ab auctore natis appellavit, ut Servianam et quasi Servianam in §. *ita Serviana, supra.* Cur hic potius, ubi æque utile erat, omisit? Sed et in his locis in quibus hæc actio certo nomine designatur, ubique vocatur tantum rescissoria, nusquam Publiciana, ut *L. nec non, §. ult. D. ex quib. cau. maj. L. ab hostibus captis, C. de post. re.* Stultum esset admodum, si hæc actio Publiciana nominaretur, omisso recto nomine, aliud longius petitum ingerere. Quid? titulus de Publiciana in Digestis nonne generaliter ita conceptus est: de Publiciana in rem actione? De una tamen specie toto eo titulo agitur; nempe ea actione quæ et edicto ejus tituli comprehensa est, quæ datur ei qui quid ex justa caussa et bona fide a non domino accepit, et nondum usuraptum petit. Nusquam mentio etiam tenuissima rescissoriæ illius de qua agimus, quasi esset species Publicianæ. Non fuit igitur hæc rescissoria istius generis species. Aut si fuit, magna duo peccata, non tantum in eo titulo, sed in tota tractatione veterum de Publiciana admissa sunt. Primum quod proposito genere ad dicendum, una species ejus generis, æque necessaria atque altera, omissa est; et quidem ita, ut ne appellaretur quidem. Deinde quod ea species quæ illic traditur, sic traditur, ut nulla adjiciatur circumscriptio qua declaretur speciem tantum Publicianæ ab auctoribus intelligi; qua non adjecta, futurum erat ut ab omnibus intelligeretur de toto genere, id est de omni specie ejus generis dictum esse quod ad unam tantum speciem pertineret. Sciamus, igitur si quid in veterum scriptis certi aut recti est, rescissoriam quæ rescissa usucapione datur, Publicianæ verbo non contineri, eoque Publicianam non esse. Quod cum ita sit; cum Paulus ita scribit in *d. L.* in honorariis: *sed cum rescissa usucapione redditur*, meminerimus subaudiendum esse, actio de quo genere toto eo capite agebatur, non autem Publiciana, quæ proxime nominatur. Quod si ad contextum respiciendum est, reperiemus etiam contextum hoc exigere, atque adeo probare rescissoriam actionem Publicianam non esse. Nam adversativa particula *sed* declarat actionem diversam a priore subjici. At si rescissoria ista et ipsa Publiciana est, non recte distinguitur a priore Publiciana, quæ ad exemplum vindicationis datur. Nam et rescissoria hæc datur eodem modo ad exemplum vindicationis, id est actionis in rem civilis et directæ. Unde dicitur utilis, et hac ratione directæ opponitur, ut dixi, *d. L. ult. C. quib. ex caus. maj. d. L. ab hostibus captis, C. de post. re.* Restat igitur ut, si qua in re recte distinguitur hæc rescissoria a Publiciana quæ ad exemplum vindicationis datur, distinctio in eo sit, non quod rescissoria non detur eodem exemplo, sed quod non sit Publiciana.

XV. His expositis, diligentius monendi sumus ejus quod supra initio attigi, sic rescissoriam actionem de qua diximus, competere de re nostra usucapta, quam solam caussam hoc loco Justinianus posuit, ut non competat ex hac solum caussa; sed generaliter de omni re nostra aliis modis in alium translata, quæ translatio similiter justis de caussis rescindatur per in integrum restitutionem. Ideo erit hæc eadem in rem actio rescissoria de rebus nostris,

quas metu coacti in alium transtulimus, tunc cum, rescissa traditione ex edicto Quod metus caussa, restituta erit actio, ut significatur in *L. metu* 9. §. *volenti*, *D. quod. met. cau.* Quod si recipimus in metu, etiam in iis recipiendum erit, quarum alienatio dolo malo expressa est. Idem probandum in actione in rem minori restituta, *in L. caussa*, 1. §. *interdum*, *D. de min.*

## ITEM SI QUIS IN FRAUDEM.

## §. VI.

*Pauliana actio cur vulgo putetur hic notari.* I.
*Paulianam actionem hic defendi non posse.* II.
*In rem actionem hic proponi.* III.
*Pauliana non in rem, sed in personam.* IV.
*Faviana et Pauliana similes, et quid differant.* V.
*Theophilus notatus.* VI.
*Pauliana ex obligatione, et quæ.* VII.
*Paulianam non sequi rei possessorem, nec esse in rem scriptam; et in quem detur.* VIII.
*Pauliana competit, rebus in fraudem alienatis, etiam si bona debitoris nondum a creditoribus possessa sint.* IX.
*De prætorio pignore actio hoc loco creditoribus proponitur, et unde, ac quando hoc pignus.* X.
*Prætorii pignoris persecutioni quæ creditoribus datur, totam hujus loci descriptionem convenire.* XI.
*Prætorii pignoris persecutionem creditoribus non dari, nisi re in fraudem creditorum alienata, et cur aliter in pignoribus conventionalibus.* XII.
*Prætorii pignoris persecutio cur prodita de re alienata in fraudem creditorum, bonis a creditoribus possessis, cum eo nomine etiam sit Pauliana.* XIII.
*Prætorii pignoris cur persecutio propria constituta, cum sit hypothecaria de pignore.* XIV.

Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit; bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere; id est, dicere eam rem traditam non esse, et ob in in bonis debitoris mansisse.

I. Quam hic actionem proponat Justinianus, paulo attentius quam hactenus ab interpretibus factum est, inquirendum puto. Non enim profecto potest defendi quod ab illis uno ore receptum est, hic statui Paulianam. Habet quidem ea actio nonnihil commune cum caussa actionis ejus quæ hic describitur. Sed plura obstant et certiora, quam ut huic loco possit convenire. Atque hinc vulgaris sententia nata est, neque omnino temere. Nam de iis quæ in fraudem aliorum alienata sunt, duo sunt genera nota actionum prodita jure prætorio: unum de iis quæ alienata sunt in fraudem creditorum, daturque creditoribus ad ea revocanda; quæ actio vocatur Pauliana, *L. videamus*, §. *in Faviana*, *D. de usur.* Alterum est de iis quæ alienata sunt a liberto in fraudem patroni; hæc Faviana et Calvisiana appellatur, *L.* 1. §. *utrum*, §. *si pluribus*, *L.* 2. *D. si quid in fraud. patr.* Sic ergo nostri illi ratiocinati sunt. Loquitur Justinianus hoc loco de eo qui in fraudem creditorum rem suam alicui tradidit, ad quam revocandam etiam dat actionem creditoribus, quorum in fraudem tradita est. Necesse est igitur alterutrum genus actionis intelligi, aut Paulianam, aut Favianam seu Calvisianam. Constat Favianam non proponi, quando hæc competit de rebus alienatis in fraudem patroni. Ita restat Pauliana quam designet, quam et ipsam de rebus in fraudem creditorum alienatis propositam edicto certum est. Exstat edictum de hoc genere in *L.* 1. *D. quæ in frau. cred.* Actionis vis et potestas magis intelligitur ex interdicto quod ex ea caussa redditur, exstatque in *L. ait*, *D. eod.* Et omnino ita dicendum fuit, si de his quæ in fraudem creditorum alienata sunt, non alia fuit actio creditoribus quam Pauliana. Sed si est alia quam constet esse in rem, cui eidem conveniat descriptio hujus loci, spero apud omnes facile obtinebimus committendum non esse

ut, hac omissa, accipiatur hic Pauliana, cui neutrum illud superius, vel ipsis assentientibus, satis convenit. Vident enim omnes quid hic obstet Paulianæ, in quo etiam diluendo laborant, nec ullo modo inter se consentiunt. Sed alia non occurrebat; neque vero alia fuit usitata in hoc genere, quæ proprio aliquo titulo aut certo loco ex professo traderetur, quam superior. Ideo, omisso omni labore alterius quærendæ, in Pauliana constiterunt, et huc solum constiterunt, et huc solum converterunt orationem, ut quæ huic videbantur obstare, removerent. Detur alia non incommoda: non dubium, quin hanc fuerint omissuri. Quænam ergo est ista alia?

II. Dicam postea, si quod in præjudicata ista aliorum sententia nobis obstat prius removero, et ostendero quod initio proposui, non posse Paulianam hoc loco defendi. Non litigo de verbo Paulianæ. Eam dico quæ a nostris dicitur Pauliana, et de qua agitur sub titulo *quæ in frau. cre. D.* sive quis hanc Paulianam dici velit, sive malit in factum, ut est in *L. hac in factum, D. eod. tit.* Ajo hanc huic loco convenire non posse, etiam si maxime de rebus in fraudem creditorum alienatis non esset alia actio. Tria sunt quæ Justinianus de actione hic proposita statuit huc pertinentia: quibus detur hæc actio, adversus quos, et qua ex caussa. Primum vult actionem esse in rem. Deinde sic dari, si res in fraudem creditorum alienata sit, nec fraudis participationem in accipiente exigit. Postremo dari solum, bonis a creditoribus possessis ex sententia præsidis. Omnia hæc contra in actione Pauliana, seu ea quæ in factum est ex eadem caussa. Non ergo Paulianam, aut actionem istam in factum Justinianus statuit.

III. Primum illud constare debet, Justinianum hic proponere actionem prætoriam quæ sit in rem, non in personam. Non exprimit id quidem hoc loco, non magis quam in hypothecaria actione de qua §. *sequenti* subjicit. Sed ideo, quia in neutra fuit necesse; satis enim ex præcedentibus et sequentibus intelligebatur. Proposuerat enim supra in §. *sed istæ*, quasdam esse actiones item prætorias, quæ non minus quam civiles essent tam in rem quam in personam, quas et ipsas constituisset exemplis ostendere. Ac primum quæ in rem erant proposuit, ut exempla continenter subjecta probant; deinde quæ erant in personam, ut declarat in §. *in personam*. Atque in his quæ sunt in rem, numerat hanc de qua agitur, et hypothecariam quæ sequitur. Et quidem ita numerat, ut neget esse in personam, ut apparet ex *d.* §. *in personam*. Illic enim ita scribit: *in personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor*. Vis hæc est conjunctionis, ut res diversas copulet. Itaque hoc significat non tantum in rem actiones esse ex jurisdictione prætoris de quibus eo usque dixerit, sed etiam actiones in personam; cujus generis sunt quæ sequuntur. Quod cum non difficile esset videre, etiam Theophilus hic posuit, et diserte scripsit actionem quæ hic proponitur, et ipsam a prætore inventam, et in rem esse, ut superiores.

IV. At certe Pauliana non est in rem actio, sed in personam. In rem quidem non esse, non aliunde melius intelligetur, quam ex iis quæ sunt propria utriusque generis. Actionis in rem proprium hoc est, ut sequatur ejus rei possessorem; ut si quis rem possidet, is teneatur actione, quamvis cum actore nihil contraxerit aut deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *L. actionum, D. de obl. et act. L. qui petitorio, D. de rei vind. L. si fundus,* §. *in vindicatione, D. de pig. L. 2. C. si un. ex plur. her. deb.* Utrumque contra, in Pauliana ista et in factum actione. Possidet quis quod in fraudem creditorum alienatum est, ex caussa onerosa? non tenetur, nisi et fraudis particeps fuerit, *L. 1. L. ait, D. quæ in frau. cre. L. pen. C. de revoc. iis quæ in fraud. cred.* Usque adeo, ut quamvis is qui a debitore in fraudem creditorum sciens rem emit, eam rem iterum alii bona fide ementi vendiderit, placeat secundum emptorem non teneri; nec in ea re spectari possessionem, sed dolum ejus qui admisit, *L. is qui a debitore. D. quæ in fraud. cred.* E converso, sunt qui non possideant, nec dolo malo desierint possidere; tamen teneantur Pauliana actione. Datur enim hæc actio non solum heredi cæterisque successoribus, sed etiam in heredes similesque personas, *L. ait, in fin. D. quæ in fraud. cred.* Non minus hoc quam prius illud, ab actionis in rem natura abhorrens. Adeo enim hæc adversus eum non datur qui non possidet, ut nec detur in heredes ejus qui possedit, si ipsi non possideant, *L. si in rem, 2. D. de rei vind.* Hæc jam certissimo argumento sunt, Paulianam, et istam in factum actionem de qua loquimur, in rem non esse. Non minus et hoc certum, si probetur esse in personam; quando actiones in rem, et in personam toto genere inter se distant, et non tantum diversis, sed et contrariis ex

caussis nascuntur, §. 1. *supra. L. actionum, D. de obl. et act.* Paulus inter actiones in personam hanc actionem non obscure numerat in *L. videamus*, 2. §. *in Faviana, D. de usur.* qui cum initio proposuisset videndum quando in actione quæ est in personam, etiam fructus veniant, exemplis deinde variis ejus generis utens, inter cæteras actiones Favianam quoque et Paulianam, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, recensuit in *d.* §. *in Faviana*, his verbis bis Paulianam actionem in personam esse indicans; et quod de actionibus in personam quæstione posita, exempli loco hanc attulit; et quod eodem loco has actiones tanquam unius generis inter se conjunxit, Favianam et Paulianam: de quarum altera quin sit in personam nemo ambigit: ita diserte id scriptum est in *L.* 1. §. *hæc actio. D. si quid. in fraud. patr. Hæc actio*, inquit Ulpianus de Faviana loquens, *in personam est, non in rem; et in heredem, competit, et in cæteros successores, et heredi, et cæteris successoribus patroni.*

V. Ut de Pauliana nusquam idem aut scriptum aut significatum esset, tamen vel hujus exemplo posset idem de Pauliana constare. Ambæ enim ex eadem caussa, de iis nimirum quæ in fraudem alienata sunt revocandis; Faviana, si quid in fraudem patroni, *L.* 1. in princ. *D. si quid in frau. pat.* Pauliana, si quid in fraudem creditorum, *d. L. videamus*, §. *in Faviana, de usur. L.* 1. *L. ait, quæ in frau. cred.* Nec dissimiliter Pauliana ut heredi, sic et in heredem similesque successores datur, ut ante dixi, *L. ait*, in fin, *quæ in frau. cred.* Quæ cum omnia sint in utraque similia, eoque actionis genus non distinguant; non potest, si Faviana in personam est ut est, quin sit et Pauliana. Nisi forte quis dicat inter has actiones hoc interesse, quod actio Faviana de iis quæ in fraudem patroni alienata sunt, datur etiam in eum qui fraudis conscius non fuit, *L.* 1. §. *dolum, D. si quid in frau. pat.* Pauliana autem in eum solum, qui scivit et fraudem participavit, *L. ait*, in pr et §. 1. *quæ in frau. cred.* At hoc tanto magis arguit Paulianam esse in personam. Hoc enim significat hanc actionem non propter rei possessionem dari ut illa, quod propius ad actiones in rem accedit; sed dari propter delictum personæ: ex quo genere actiones in personam §. 1. *supra eod.*

VI. At Theophilus et Paulianam hic esse dicit, et eandem in rem esse. Scio; neque id Theophilus tantum facit, sed et plerique alii docti viri quibus non minus tribuo. Sed non quid illi, sed quam vere, quæritur; certe et naturam actionis in rem, et juris auctoritatem refragari constat. Hæc vero est, quæ in juris quæstione apud nos valere debet, non cujusquam alterius qui ab his dissentiat.

VII. At si Pauliana est in personam, erit etiam ex obligatione, seu adversus eum qui nobis obligatus est, ut est natura hujus generis actionum, §. 1. *supra eod. L. actionum, D. de obl. et act.* Unde ergo obligatio ejus qui in fraudem alienatum possidet, ut dici possit creditoribus esse obligatus, cum quibus nullum negotium gessit? Ex delicto, si quidem fraudis particeps fuit, ut jam dixi: si non est particeps, tamen et hic quoque ex delicto. Est enim genus delicti, si admonitus rem in fraudem creditorum alienatam esse a debitore, tentat id retinere adversus creditores fraudatos. Quod factum similiter improbat prætor, ut ejus qui rem ab alio vi extortam bona fide accepit et possidet, ac conventus eo nomine non reddit; adversus quem ob id factum datur actio Quod metus caussa, *L. metum*, §. *ult. L. item*, §. *in hac actione, D. quod. met. causs.* Quamobrem et hæc ipsa in personam esse dicitur, §. *præterea, infra eod.* de quo dixi ad §. 1. ad illa verba *in duo genera diducitur*, *supra*. Non est igitur Pauliana actio in rem, sed in personam. Quo posito, non debuit ab Accursio admitti nihilominus de ea agi hoc loco, quasi contempto ordine actionum utriusque generis recensendarum. Prohibet enim, ut dixi, Justinianus qui in §. *in personam* testatur se ad actiones prætorias quæ in personam sunt, transire; satis aperte significans priores de quibus egit, in rem esse, non in personam. Nihil ad defendendam hic Paulianam actionem facit, quod quidam fatentur quidem eam in personam esse, sed hoc habere dicunt ex actione in rem, quod sit in rem scripta, quia sequatur possessorem, ut actio quod metus caussa, *d. L.* 9. §. *ult. D. quod met. causs.*

VIII. Neque enim verum est eam sequi possessorem; non enim sequitur nisi his conditionibus, si aut fraudis sit conscius, aut rem ex lucrativa caussa acceperit, *L. si is qui a debitore, D. quæ in fraud. cred. L. pen. C. de revoc. his quæ in fraud. cred.* In quo jam non possessionis solius, sed alius facti possessoris ratio habetur. Et ut sequeretur hæc actio possessorem, atque hoc modo in rem scripta dici posset, confirmaret hæc defensio reprehensionem, non vitaret. Actio enim quod metus caussa, etsi in rem scripta alicubi dicitur, *d. L.* 9. §. *ult. quod met. causs.* nihil

tamen nisi in personam est, §. *praeterea, infra eod.* Sed ut dederimus admitti posse hoc loco actionem in personam, neque ordinem a Justiniano institutum repugnare; tamen, ut proposui, ne sic quidem Pauliana actio convenire potest hujus loci descriptioni. Pauliana actio non proponitur, si quid tantum alienatum sit in fraudem creditorum; sed ita, ut dixi, si is etiam qui accepit, sciverit et fraudem participaverit, *L.* 1, *L. ait praetor*, in prin. et §. 1. *D. quae in frau. cred.* aut si quid in fraudem creditorum alienatum sit ex caussa lucrativa; quo casu etiam adversus ignorantem creditoribus consulitur, *d. L.* in princ. *D. quae in frau. cred. L. pen. C. de rev. iis quae in frau. cred.* At actio hoc loco proposita simpliciter proponitur ex hac caussa, si quid debitor in fraudem creditorum tradiderit, neque fraudis conscientia in accipiente exigitur.

IX. Ad extremum, quod praecipue notandum est, Pauliana actio competit rebus in fraudem creditorum alienatis, sive bona a creditoribus possessa sint sive non sint, ut intelligere est ex *L. si quis cum*, et *L. omnes*, §. 1. *D. quae in frau. cred.* Hic autem proponitur actio quae rebus quidem in fraudem creditorum alienatis competat; sed alienatis tunc, cum jam bona debitoris a creditoribus possessa essent ex sententia praesidis. Ita fit plane quod initio dixi, ut non proponatur Pauliana hoc loco, et alia si qua est, hic omnino quaerenda sit.

X. Res autem judicio meo sic habet. Bonis debitoris a creditoribus possessis, si res aliqua ex his a debitore in fraudem creditorum alienata sit, est quidem ea de re prodita creditoribus Pauliana actio ad revocandum quod alienatum est; sed in factum, si tamen et haec Pauliana non est; ambae in personam, ut ostendi. Sed est et ex eadem caussa actio in rem creditoribus pignoris praetorii persequendi caussa, quod ex ista possessione bonorum natum est. Ac de ea actione in rem hic agitur. Sic autem ista possessio, et ex ea possessione pignus contingit quod dicimus. Ex tribus caussis, ex quibus in possessionem bonorum alicujus mitti solet, una est rei servandae caussa, cum creditores servandi debiti caussa mittuntur in possessionem bonorum debitoris, *L.* 1. *D. quib. ex caus. in poss. eat.* Id ita fit; nam si debitor latitet neque defendatur, mittit praetor postulantes creditores in bona, seu in possessionem bonorum ejus, ut si debitor intra tempus a praetore praestitutum venire jussus non adsit, etiam permissu praetoris bona distrahantur, *L. Fulcinius*, §. 1. *D. quib. ex caus. in poss. ea. L. cum proponas, C. de bon. auct. jud. poss. L. item ait*, §. *haec autem, D. ex quib. caus. maj. L. satisque, D. de in jus voc.* Sed etsi debitor non latitet, si potestatem sui non faciat neque defendatur, non jubentur quidem ex hac caussa bona distrahi; sed tamen etiam ex hac caussa mittuntur creditores in possessionem bonorum debitoris, *d. L. item ait*, §. *haec autem, ex quib. caus. maj. d. L. satisque*. Tribuit haec missio, ut et ex caeteris similibus caussis, non possessionem veram et quae proprie ita dicitur, cum quis aut jure domini aut domini opinione et affectu possidet; sed nudam detentionem rerum; denique custodiam rerum et observationem, *L. cum legatorum, D. quib. ex caus. in pos. ea. L.* 3. §. *ult. D. de acq. pos.* Quod si missi creditores in possessionem jussu magistratus, etiam in possessionem venerint, adfert hoc secum jussus praetoris cui paritum fuerit, ut constituatur creditoribus, in omnibus bonis debitoris, pignus quod in usu juris dicitur praetorium, ut a praetore, aut iis qui simili potestate praediti sint, constitutum, *L. non est mirum, D. de pig. act. L. ult. C. de praet. pig. L. misso, D. pro. empt.* Hujus pignoris retinendi caussa exceptionem esse creditoribus in pessessione bonorum manentibus inter omnes semper constitit. At si forte creditor possessionem amisisset, vetus fuit dubitatio, an quemadmodum recuperandi pignoris conventionalis caussa erat in rem actio prodita creditori, sic esse deberet et de praetorio pignore, placebatque non esse: certe de eo jus fuit controversum. Testis Justinianus in *L. ult. C. de praet. pig.* qui primus hanc persecutionem et de praetorio pignore in ea constitutione dedit, et se exemplo pignoris conventionalis in eo usum esse testatur. Fuisse tamen et hanc actionem in rem jam olim de eo pignore constitutam quibusdam casibus, satis declarat ibidem, cum constituat eam actionem, etsi creditor sua culpa possessione ceciderit, non fortuito casu. Sic enim significat in eo haesisse dubitationem veterem, an si culpa sua amisisset creditor possessionem praetorii pignoris, illi persecutio dari deberet: caeterum si sine culpa casu aliquo amisisset, etiam prius illi jure vetere in eam rem consultum fuisse, habuisseque eum hic quoque actionem in rem constitutam. Haec vero illa est species actionis in rem de praetorio pignore, quam hic tradi intelligere debemus. Aut enim ea prius nulla fuit; aut si fuit aliqua, omnino eam fuisse oportet quae hic proponitur.

XI. Quod certius intelligeretur, si animadverterimus in eam quadrare omnia quae

actioni hic intellectæ tribuuntur. Proponit Justinianus actionem in rem. Et hæc actio quam dicimus, in rem est, utpote de pignore, cujus persecutio est in rem. *L. pignoris, D. de pig. L. pignoris C. eod.* Prætoriam intelligit Justinianus. Et hæc persecutio prætoria, non solum quia de pignore actio est ex jure honorario. *D. si tibi*, §. *de pignore, D. de pact.* sed etiam quod prætor, seu magistratus prætorium pignus constituit, *d. L. non est mirum, de pig. act*, nec frustra constituit, sed ut possidenti retinere, amissa autem sine culpa possessione, id persequi liceat. Cætera hic expressa plane consentiunt. Datur hæc actio, bonis a creditoribus possessis, quia non aliter pignus hic contrahitur; quam bonis ita possessis, *d. L. non est mirum;* unde nec aliter actio in rem de pignore. Datur, si debitor rem ex his bonis alicui tradiderit, non quod si alius tradiderit non detur; sed quia placuit dari posse, etiam si debitor ipse tradiderit et rem alienarit; quo casu exsistebat justa dubitatio veteribus, num et hic danda esset creditoribus pignoris prætorii persecutio; non solum quod missi sunt in possessionem rerum quam in re alienata amiserunt; sed multo magis quod missi sunt in bona debitoris: nunc autem res debitoris esse desiit, postquam alienata est. Sed placebat nihilominus et hic actionem in rem esse, qua ut hic scriptum est, permittitur creditoribus, rescissa traditione, eam rem petere, id est ita petere, ut perinde habeatur quasi nec tradita esset a debitore; sed in bonis ejus mansisset. Quod eo pertinet, ne forte noceat creditoribus hæc exceptio, si dicatur eos non jure suo rem persequi, qui eum jussi sint custodire et observare res debitoris, nunc persequantur eam rem quæ debitoris esse desierit. Sed adversus hanc exceptionem justa replicatio est, prius constitutum esse pignus, quod debitor creditoribus facto suo non potuit auferre, *L. debitorem, C. de pig.* de eo pignore hanc esse persecutionem.

XII. Unum hoc non videtur persecutioni prætorii pignoris convenire, quod datur hic actio, si res tradita sit a debitore in fraudem creditorum. Nam si pignus hic est, et de eo pignore persequendo hic agitur, non recte adjicitur hæc conditio; conveniebat enim hanc actionem dari de pignore, quocunque modo et quocunque animo traditum aut alienatum esset a debitore: quoniam ita jus est, debitorem neque vendentem neque donantem, neque quovis alio modo rem alienantem, posse facere deteriorem conditionem creditoris, aut ejus persecutionem impedire, *d. L. debitorem, C. de pignor.* Et in cæteris pignoribus quæ consensu contrahuntur, hoc ita est. Proprium hoc est hujus pignoris prætorii quo de agitur, ut si debitor rem ex bonis possessis non in fraudem alienarit, rata sit alienatio, nec possit a creditoribus revocari. Tunc enim intelligitur res non in fraudem creditorum alienata, cum debitor non donavit, sed vendidit ut bonum patremfamilias decet, et rem bene gessit, et pecuniam ad creditores aut curatorem bonorum retulit. Quod cum fecit, non mirum si nulla superest actio de ea re creditoribus, quoniam eo modo de ea re illis satisfactum est. Satisfactum est etiam legi pignoris; constitutum enim erat rei servandæ caussa. At re ita distracta, ut diximus, creditores rem, id est id quod sibi debebatur, hactenus servarunt. Ad hæc, si debitor solvendo est, non videtur in fraudem alienata, §. *prævaluisse supra quib. ex caus. maj. non lic.* Hactenus autem solvendo est debitor, si est ex re alienata unde creditoribus satisfiat. Certe non debent creditores eam alienationem revocare, qua non revocata, non minus habeant, quod requirunt; non enim malitiis est indulgendum, *L. in fundo, D. de rei vind.* Sed ut ad persecutionem hujus pignoris exigimus ut res alienata sit in fraudem creditorum, ita observemus, cum hoc factum erit, nihil hic amplius desiderari ad rem alienatam hac actione revocandam. Recte; est enim actio in rem, qua nunc agitur. Actio in rem, cum detur semper adversus possessorem, *L. actionum, D. de obl. et act.* si quis hic rem alienatam possidet, satis est; hac actione tenebitur, nec requiremus utrum fraudis particeps fuerit qui accepit, an non fuerit. Itaque et qui primo a fraudatore debitore accepit ignarus fraudis, tenebitur hac actione, si possidet. Et si alii, item quanvis bona fide accipienti, tradiderit, etiam posterior hic tenebitur, si possidebit. Qui si sine dolo malo possidere desierint, continuo desinent teneri.

XIII. Atque hinc licet intelligere, ubi bonis a creditoribus possessis, res a debitore in fraudem creditorum alienata est, cum sit ex ea caussa actio Pauliana et in factum prodita creditoribus, cui bono fuerit et hanc actionem in rem, ut de pignore prætorio, dari. Nempe quia hæc in rem actio, bonis jam possessis, est plenior et commodior. Nam Pauliana, et ex eadem caussa actio in factum, tunc solum datur ad revocanda ea quæ in fraudem creditorum alienata sunt, cum qui accepit fuit fraudis particeps, aut rem ex lucrativa caussa accepit, *L. ait*, in pr. §. 1. *L. si qui a debitore, D. quæ in frau. cred: L.*

*pen. C. de revo. his quæ in frau. cred.* Sed et utraque actio datur intra annum quo primum de ea re experiundi potestas erit, *d. L.* 1. *L. ait. L. hac in factum, D. quæ in frau. cred.* At hæc in rem actio de pignere de qua agimus, nihil amplius exigit quam fraudem debitoris in alienatione. Proinde quisque eam rem possidere reperietur, sive fraudis particeps erit sive non erit, et sive onerosa ex caussa rem possidebit sive ex lucrativa, hac actione convenietur. Sed et actio cum sit de pignore, necesse est et credituribus tamdiu durare quandiu pignus constabit; quod non prius dissolvetur, quam illis satisfactum fuerit.

XIV. Illud quæretur fortasse, si actionem hic intelligimus quæ sit de prætorio pignore, quid opus fuerit eam distingui ab hypothecaria de qua agitur in §. *item* seq. immo vero quam recte hæc statuatur alia, quæ est eadem: cum sit hæc etiam pignoris persequendi caussa. Sed hypothecaria proprie est de pignore quod est ex conventione, aut si quod est quod ex voluntate domini proficiscitur, ut definitiones pignoris et hypothecæ traditæ in *d.* §. *item.* seq. declarant. In alia caussa habitum fuisse pignus prætorium, quam conventionale quod ad jus persequendi pignoris attinet, testis est, ut ante dixi, Justinianus qui ideo pignoris prætorii possessione amissa, similiter actionem dedit, ut est de pignore conventionali, quia ante diversum, ut in rebus dissimilibus, obtinebat. Sed et hodie meminerimus in his generibus circa actionem in rem de pignore, hoc esse dissimile: quod re pignori obligata alienata a debitore, ex cæteris caussis nihilominus durat pignoris persecutio, quocunque modo res sit alienata; in caussa prætorii pignoris non aliter quam, si res in fraudem creditorum alienata fuerit; cujus rei rationem supra exposui, ut appareat merito species istas actionum de pignore esse his locis distinctas, quas res ipsa tam aperte separavit.

## ITEM SERVIANA.

## §. VII.

*De pignore actio in rem prætoria, cui, adversus quem, cujus rei caussa.* I.
*Serviana quæ, et de quibus rebus.* II.
*Quasi Serviana, et hypothecaria quæ, et unde dicta.* III.
*Pignus et hypotheca quid, et quid alterum ab altero differat.* IV.
*Pignus et hypotheca quibus modis constituantur.* V.

Item Serviana, et quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur; sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime, si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus.

I. Proponitur ad extremum hoc loco actio in rem de pignore. Hæc a prætore est, *L. si t-bi*, §. *de pignore*, *D. de poct.* Ex jure quidem civili esse non potest; cum, ut supra scriptum est in §. *namque*. *eod.* ita sint proditæ jure civili actiones in rem, si quis dominium suum vindicet. Actio in rem est *L. pignoris C. eod.* creditoribus constituta pignoris persequendi caussa, ut hic declaratur. Et quia in rem, hinc satis intelligimus competere eam adversus omnem qui pignus possidet, aut dolo malo desiit possidere, *L. si fundus*, §. *in vindicatione*. *D. de pig.* *L.* 2. *C. si un. ex plu. her. cred.* Actionis exitus hic, ut qui convenitur necesse habeat aut creditoribus agentibus solvere, aut rem de qua agitur restituere; alioqui quanti ea res est eo condemnatur; quo modo, declaratur in *d. L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *de pig.* Hæc duplex est, ut hic traditur, Serviana, et quasi Serviana, quæ eadem hypothecaria appellatur.

II. Serviana, ut analogia indicat, dicta ab auctore, uti Publiciana. De qua in §. *namque*, in fin. *supra eod.* Hac experitur quis de rebus coloni, ut hic scriptum est; id est locator agri, de rebus ejus qui agrum colendum conduxit, *L. res pignoris*, *D. de acq. poss.* Et additur, de rebus coloni quæ pignoris jure pro mercedibus fundi locatori tenentur. Qua adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercedibus fundi locatori obligatas esse; sed si quæ res coloni pro mercedibus tacite tenentur, de his Servianam hanc competere; ut sit hic relativum *quæ*, non demonstrationis, sed distinctionis caussa additum. Non enim statim pro mercedibus fundi res omnes coloni pignori obligantur. Tacite autem hæ tenentur; in quo genere pignoris Serviana locum habet: Primum fructus fundi, qui ibi nascuntur, et hi citra ullam conventionem domini aut voluntatem, *L. in prædiis*, *D. in quib. causs. pig. vel hyp. tac. contr.* Deinde invecta et illata in fundum, si aut ut pignori essent nominatim convenerit, *L. eo jure*, *D. eod*, aut voluntate domini fundi illata sint, ut est in *L. certi*, *C. loca.* Voluntate domini inducta sic accipiemus, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur, ut docui in commentario de pignoribus, *tit. in quib. causs. pig. tac. cont.*

III. Quasi Serviana, et hypothecaria est quæ de reliquis rebus pignori obligatis competit, ut hic indicatur. Quasi Serviana dicta quod, cum Serviana illa proposita esset in edicto a prætore, post deinde de cæteris pignoribus actio cœpit institui ad exemplum prioris illius Servianæ. Hypothecaria, autem a re ipsa quam actio persequitur; hæc enim persequitur hypothecam seu pignora. Hinc,

quod ad cognitionem actionis necesse erat, de verbo pignoris et hypothecæ docet Justinianus, quod sit pignus, hypotheca; simul quid alterum ab altero differat.

IV. *Pignus est*, inquit, *res omnis de qua inter creditorem et debitorem convenit, ut sit pro debito obligata*. Quod ait, *de qua convenit*, magis exempli caussa additum est, quam quod conventio ad definitionem pertineat; multa enim genera pignorum esse constat, quæ constituuntur sine ulla conventione de quibus paulo post. Erit ergo pignus generaliter, res omnis creditori pro debito obligata. Hypothecæ eandem appellationem esse scribit. *Sed hoc*, inquit, *quantum ad hypothecariam actionem attinet*; alioqui, ut subjicit, si significationem et proprietatem verborum spectamus, inter utrumque hoc interest, quod pignus est, cum simul res traditur creditori, maxime si mobilis sit: hypotheca autem res quæ, sine traditione, nuda conventione tenetur. Sumptum ab etymologia et origine utriusque verbi; dictum est enim pignus a pugno, ut sit res quæ tradatur manu, ac velut pugno, *L. plebes*, §. *pignus*, *D. de ver. sig.* Unde maxime proprie id dicitur de re mobili, in quam solum cadit ut pugno capiatur. Sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem tradatur creditori. Hypotheca autem verbum græcum est ὑποθήκη, quod latini usu suum fecerunt, idem valens quod obligationi et nexui subjectum; ut appareat verbum generale esse, ad utramque speciem rerum pignori oppositarum pertinens, tam quæ traditæ sunt quam quæ non sunt traditæ. Sed tamen, inquit Justinianus, eam rem quæ sine traditione, nuda conventione tenetur, proprie hypothecæ appellatione contineri dicimus, nempe verbo generis ad speciem pignori contrariam contracto: quod intelligi necesse est, cum hypotheca a pignore distinguitur, ut accidit in verbo adoptionis, actionis et aliis innumeris, modo generis, modo specie ei generi subjectæ significationem obtinentibus, *L. 2. D. de adop. L. pecuniæ*, §. *actionis*, *D. de ver. sig.* Eadem horum verborum differentia traditur in *L. si rem*, §. *proprie*, *D. de pig. act.* Quæ cum sit ejusmodi, qua alterum ab altero tam aperte distinguatur; an non contrarium est quod eodem hoc in loco paulo ante Justinianus scribit, inter pignus et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interesse? an non multo magis illud Marciani simpliciter dictum, inter pignus et hypothecam tantum nominis sonum differre? *L. res hypothecæ* §. *ult. D. de pig.* Immo diversis rationibus, et iis quas juris auctores hic intelligunt, utrumque recte dicitur. Et hæc summa est: re hæc diversa sunt, effectu juris eadem. Re diversa, quæ non tantum verborum numero ac sono distinguuntur, sed res diversas significant. At nihilominus effectu juris eadem, quia et res ipsæ natura sua diversæ, jure tamen idem valent. Res enim pignori opposita tantum tribuit creditori in jure pignoris etsi tradita non sit, quantum si esset tradita; nec plus quæ tradita est, quam quæ non est tradita. Jus namque pignoris positum est in pignoris persecutione seu hypothecaria actione, et in ejus actionis commodo, quo scilicet rem persequenti, cum consecutus fuerit, possidere; possessam vendere et tradere emptori licet. Hæc autem actio et persecutio, et si quod est commodum ei actioni adjunctum, tam datur ei, cum quo convenit de pignore sine traditione, quam ei cum quo ita convenit, ut simul ei traderetur rei possessio, *L. si tibi*, §. *de pignore*, *D. de pact.* Jure igitur, seu effectu juris, hæc sunt eadem. Et hoc est, quod Justinianus hoc loco scribens inter ista nihil interesse, quantum ad hypothecariam actionem attinet; scilicet quia hæc utrique generi pariter tribuitur; in ea autem est is effectus juris, seu id commodum quod, cum de jure quæritur, in pignore spectare debemus. Ex hoc effectu illud dictum est ab Ulpiano in *L. 1. in pr. D. de pig. act.* pignus contrahi non solum traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Contrahendi verbum ad jus refertur, et ibi valet, ubi ex conventione vinculum juris nascitur. Recte ergo dictum, etiam nuda conventione pignus contrahi, cum pignus conventione obligatur et adstringitur jure; et jure obligationem et actionem parit. Hoc eodem sensu dictum est illud a Marciano inter pignus et hypothecam tantum nominis sonum differre, *d. L. res hypothecæ*, §. *ult. de pig.* Sane vero inter hæc nihil interest, cum de jure harum rerum quæritur. Quod sentiebat Marcianus qui de his scribebat ad formulam hypothecariam, id est ad hypothecariam actionem, ut indicat inscriptio *d. L. res hypothecæ*. Solum hoc constituendum est, quando et quomodo res quæque pro debito obligetur, ut sit pignus et hypotheca; de quo pluribus scripsimus in commentario de pignoribus, nunc breviter summam perstringam.

V. Pignus omne aut lege constituitur, aut hominum opera et facto. Lege, cum favore personæ aut caussæ de qua agitur, pignus tribuitur creditori, ut fisco in bonis debito-

rum fisci, *L. 1. L. 2. C. in quib. causs. pig. tac. cont.* ut pupillis et adolescentibus in bonis tutorum et curatorum pro officio administrationis, *L. pro officio, C. de admin. tut.* ut uxori in rebus mariti in caussa dotis, *L. unicâ. §. 1. C. de rei uxo. act.* ut cuivis creditori in insula restituta, cum pecunia ob restitutionem ædificii credita est, *L. 1. D. in quib. causs. pig. vel hyp. ta. con.* Hominum facto pignus constituitur nonnunquam a magistratu; ut plurimum autem ab eo cujus in bonis res est, quæ pignori subjicitur. A magistratu, cum jussu ejus bona debitoris possessa sunt a creditoribus, quibus in caussis id facere concessum, *L. non est mirum, D. de pig. act.* de quo genere proximo §. diximus. Ab iis quorum in bonis res est, constituitur pignus, partim testamento, partim inter vivos conventione. Testamento, cum rem aliquam pignori esse illi aut illi creditori jubet testator, *d. L. non est mirum, D. de pig. act.* Conventione, ita ut, simul atque convenerit ut res esset pro debito obligata, pignus contrahatur, etiam si res tradita non fuerit creditori, ut hic traditur, et *L. 4. D. de pig. L. 1. D. de pig. act.* Conventio hic recepta duplex; quædam expressa, quædam tacita. Expressa intelligitur ex verbis conventionis. Tacita admissa est interpretatione juris in fructibus fundi locati, *L. licet, D. in quib. causs. pig. vel hy. ta. con.* item in invectis et illatis, *L. eo jure, D. eod. L. 4. D. de pact.*

## IN PERSONAM.

### §. VIII.

**In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor, veluti de pecunia constituta; cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) et ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum filiorumque familiarum; et eam ex qua quæritur, an actor juraverit, et alias complures.**

*Transitio*, §. *hujus summa, et partitio.* I.

I. Hactenus actiones in rem prætoriæ. Neque vero plures sunt quam eæ quas initio hujus divisionis proposuimus in §. *sed istæ quidem.* Deinceps Justinianus actiones in personam prætorias, ut erat propositum, subjicit; quas ex contractu, et velut negotio gesto tres numerat: de constituta pecunia: de peculio: ex jurejurando; ex maleficio autem pœnales innumeras esse ait in §. *pœnales*, contentus quasdam ex iis exempli loco proponere.

## DE CONSTITUTA.

### §. IX.

*Constitutum quid, et quid a promisso differat.* I.
*Constitutæ pecuniæ actio ex pacto nudo, et cur contra regulam juris.* II.
*Debitum solum recte constituitur.* III.
*Constituere pecuniam quid sit in edicto.* IV.
*Debitum hic, quale accipiendum.* V.
*Constitutæ pecuniæ actio cui detur, et adversus quem.* VI.
*Constitutæ pecuniæ actio qua de re.* VII.
*Receptitia vetus quæ, et unde dicta.* VIII.
*Constituti actionis appellationes.* IX.
*Constitutoriam actionem sub conditione dari, et quæ.* X.

De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque pro se vel pro alio soluturos se constituerint, nulla scilicet stipulatione interposita; nam alioqui, si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.

I. Prætoria actio est in personam, actio de pecunia constituta, *L. 1. D. de pec. const.* de qua tria hic complectitur Justinianus, qua ex caussa sit, in quem detur, qua de re; quæ paucis cognoscenda sunt. Quibus si addiderimus cui detur et quando; natura hujus actionis, quod quidem ad hunc locum satis sit, erit exposita. Nascitur hæc actio ex hac caussa, ut hic traditur, si quis quid pacto constituerit se soluturum. Constituit se soluturum qui se soluturum promittit, nam et promittendi verbum ad nudam promissionem potest referri, *L. sciendum*, §. 1. *D. de æd. ed.* Sed, quia promittendi verbo frequentius utimur de eo quod stipulanti promittitur, §. *si scriptum, Inst. de inut. stip.* unde constituens, et promittens inter se opponuntur in *L. 1.* §. *cum qui, D. de pec. const*, ideo prætor constituendi verbum elegit. ut significetur id quod nuda promissione constituitur et recipitur. Tunc enim locus est constitutoriæ huic actioni (nam et ita nominatur actio in *L. nec enim, D. de pec. const.*) cum constituitur quid pacto sine stipulatione, ut hic expressum est. Non quod, si quis stipulanti idem promittat, non obligetur, cum sit certissimum vinculum ad firmandam fidem et homines vinciendos stipulatio, *supra de verb. obl.* in princ. sed quia tenetur jure civili, ut hic scriptum est; quo significatur non fuisse in hac promissione necessariam actionem prætoriam, cum civilis sufficeret, ut de Publiciana traditur, re a possessore jam usucapta, in *L. 1. D. de Pub.*

II. Est ergo obligatio et actio constitutæ pecuniæ ex nudo pacto, cum nudum id vocemus quod neque traditione neque stipulatione sumit effectum, ut est in *L. divisionis, D. de pact.* Jus ideo notandum, quia comparatum contra regulam juris civilis, qua efficitur ex pacto nudo actionem non nasci, *L. jurisgentium*, §. *sed cum nulla*, §. *quinimo, d. L. divisionis, D. de pac. L. legem, C. eod.* Unde etiam intelligimus, si vellemus hic actionem nasci, necesse fuisse introduci a prætore, eoque et introductam esse prætoriam. Excepta est nimirum a cæteris pactis hæc species. Excipiendi rationem hanc Ulpianus reddit in *L.* 1. in pr. *D.* de pec. const. *quoniam grave est fidem fallere.* Quod sic interpretandum est, quasi dixerit: quoniam grave est in hac specie: nam in universum si dicitur, non est idonea ratio ex qua colligatur ex constituto constitui debuisse actionem. Nam et in cæteris pactis fides datur, *L. 1. D. de pac.* Quod si in his etiam placet grave esse fidem fallere, licebit dicere hac ratione etiam ex his actionem dandam fuisse, quod falsum est. Erit igitur Ulpiani hæc sententia: hoc edicto prætor favet naturali æquitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam in hoc genere grave est fidem fallere. Ideo autem in hoc genere præcipue, quia cum non constituatur nisi debitum, ut mox dicetur; nempe in constituto duplex obligatio est, prior per se, et posterior prioris firmandæ caussa. Quare si prior non tenet, at teneat posterior, quæ ad priorem novum vinculum accessit; et quod una conventio non potuit efficere, id congeminata efficiat.

III. Non quisquis constituit se quid facturum, is de constituta pecunia tenetur; sed qui constituit se soluturum, nempe quod ante debitum fuit. Non enim solvitur nisi

quod debetur, *supra quib. mod. tol. ob.* in pr. Et hoc est quod ad caussam hujus actionis prætor exigit, ut sit debita pecunia quæ constituitur, *L.* 1. §. 1. *D. de const. pec.*

IV. Notandum tamen prætorem in edicto dare hanc actionem ei, non qui constituit se pecuniam debitam soluturum, sed solum qui pecuniam debitam constituit, *d. L.* 1. §. 1. Sed hoc idem valet. Unde et actio de pecunia constituta, quæ hic et superiore §. ita nominatur. Nam constituere inter alia significat id quod minus firmum est stabilire et firmare, Cicero lib. 1. Off. *ineuntis enim ætatis inscitia senum constituenda et regenda prudentia est.* Constituenda, id est constabilienda et firmanda quæ vacillat. Id autem fit in constituto, cum quod minus firmiter prius debebatur aut parum tuto, id nova pactione confirmamus dum promittimus nos id soluturos. Sed ut constitutum, et debitam pecuniam prætor exigit ad caussam hujus actionis; ita nihil amplius quam constitutum et debitam pecuniam. Id eam vim habet, ut dum hæc duo simpliciter concurrent, actio locum habeat. Constituit quis pecuniam ab aliquo debitam; sed constituit alius quam debitor, aut constituit alii quam creditori. Dubitari potuit an valeret constitutum; quia neque priore caso qui constituit, pecuniam debuit; neque posteriore ei debita fuit cui constituitur. Sed edictum simpliciter vult pecuniam constitui, nec adjicit quis constituat, aut cui constituatur, dum pecunia prius fuerit debita; quemadmodum nec illud adjicit, cui aut a quo sit debita. Unde placuit utrobique constitutum valere ex verbis edicti, *L. eum qui*, §. *quod exigimus*, *D. de pec. const.* Idem acceptum et in verbo *debiti.*

V. Debitam pecuniam prætor exigit; quomodo sit debita, nihil addidit. Ex quo intellectum est, quacunque ex caussa et quocunque jure quid debitum sit, recte constitui; dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *L.* 1. §. *pen.* et *ult. L.* 2. *L.* 3. *D. eod.*

VI. Caussa actionis constituta, licet facile intelligere cui et adversus quem detur hæc actio. In eum dari qui constituit, hoc loco expressum est. Idque genus ipsum actionis ostendit, est enim in personam; proinde adversus eum qui obligatus est, *L. actionum*, *D. de obl. et act.* §. 1. *supra, eod.* Non est autem obligatus ex constituto, nisi qui constituit. Ex eadem regula ei dabimus cui constitutum est, sive sit is cui debebatur prius, sive alius, *L. eum qui*, §. *quod diximus*, *D. de pec. const.* Nam ex contractu actio, ut obligatio, constituitur inter contrahentes; ut quemadmodum ex ea caussa agitur cum eo qui obligatus est, sic agat is qui eum obligatum habet: denique ita definitur actio in personam, ut sit qua adversus eum agimus, qui nobis obligatus est, *d. L. actionum*, *D. de obl. et act.* Sane si ei qui in aliena potestate est constituatur, iis quorum in potestate est, obligatio acquiritur juxta regulas juris, *L. eum qui*, §. *ult.* et 2. *LL.* seqq. *D. de pec. const.* sed etsi actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi vel adolescentis constituatur; sive quis constituat se his ipsis soluturum, sive se soluturum municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti: placet municipibus, pupillo, furioso, adolescenti utilem actionem dandam, *d. L. eum qui*, §. *item tutori*, §. *si actori*, *eod. tit.*

VII. Datur hæc actio de pecunia; quo verbo continentur res omnes non mobiles tantum, sed et immobiles, *L. pecuniæ nomine*, *L. pecuniæ verbum*, *D. de verb. sig.* ut intelligamus hanc actionem de omnibus rebus quas quis se soluturum constituerit, competere. Quod Justiniani constitutione effectum est, cum prius actio de pecunia constituta competeret tantum de iis quæ pondere, numero, aut mensura constant.

VIII. De cæteris erat prodita actio quæ dicebatur receptitia a recipiendo; quod verbum hic significabat non recuperare, cum ad recuperandum jus nostrum omnis fere spectet actio; sed promittere et polliceri, quomodo latine dicimus recepisse aliquem se aliquid facturum, id est suscepisse in se et pollicitum esse. Hac sublata, voluit Justinianus unam esse de omnibus rebus constitutis eam quæ de pecunia constituta appellatur; quod et ad agendum esset commodior, et verbum pecuniæ rebus conveniret: exstat constitutio in *L.* 2. *C. eod.* eaque constitutio est, et recepta actio quam commemorat in superiore §. *in personam.*

IX. Actione ita constituta, nomen ex re impositum; dicta est enim actio de pecunia constituta, ut hic et §. superiore, *L.* 2. *C. de const. pec.* quibus verbis quid contineatur, supra expositum est. Eadem dicta actio constitutæ pecuniæ, *L. qui id quod*, in princ. *D. de don.* Eadem et constitutoria actio, *L. nec enim*, *D. de pec. const.*

X. Sed quod hic omissum est, natura actionis non patitur ut a nobis omittatur, nisi in jure hujus actionis ita errare volumus, ut putemus ex superioribus nos tum eam actionem habere, cum nulla est. Mo-

nendi igitur sumus, propositam esse hanc actionem edicto non statim, sed sub conditione, si appareat eum qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetisse quominus fieret quod constitutum est, *L. si duo*, §. *ait, D. de pec. const.* Conditio edicti hæc est; ex qua intelligitur non amitti actionem actori, si moram fecerit in eo accipiendo quod ex constituto debebatur, quod esset contra regulas juris, *L. illud, D. de per.* et *com. rei vend.* sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus acciperet. Non eadem conditione ex aliis conventionibus et contractibus puris datur actio; ex quibus, ut præsens conventio est, ita et statim agi potest, §. *omnis, supra de verb. obl. L. in omnibus obligationibus, D. de reg. jur.* Sed observandum est novam hic actionem pecuniæ constitutæ introduci a prætore præter regulam juris civilis. Ideo visum est prætori ita eam inducere, ut quam mitissime cum reo ageretur, et quæcunque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

## ACTIONES AUTEM.

### §. X.

*De peculio actio ex contractu et quasi contractu solum filiorumfamilias, servorumve; nunquam ex maleficio.* I.

*De peculio semper actio adversus patrem dominumve, non semper in sol dum.* II.

*De peculio actio prætoria, et ratio ejus adversus patrem dominumve introducendæ.* III.

*Peculium servi quid, et quo jure habeatur.* IV.

*Peculium filiifamilias quid, quotuplex, et quo jure quodque habeatur.* V.

*De peculio non omni actionem esse adversus patrem ex contractu filiorumfamilias, et de quo sit intelligenda.* VI.

*Ipso jure quid fieri, quam varie apud juris auctores accipiatur, et quæ sit ratio hujus appellationis.* VII.

**Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor; quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque item servorum) condemnari eos.**

I. De actione de peculio sic in summa definit: *ex contractu filiorumfamilias, servorumve constitutam esse actionem a prætore de peculio adversus patrem dominumve.* Addidit *ex contractu;* quo verbo etiam quasi contractum intelligere debemus, ut tutelam et negotia a filiofamilias aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem, dominumve actio est, *L. 1, C. quod cum eo, L. ex facto, D. de pec. L. ex contractibus, D. de obl. et act. L. si filiusfamilias, D. de neg. gest.* Neque novum est quasi contractum, propter affinitatem, absolute contractum appellari, *L. sed et cum, D. de neg. gest. d. L. ex contractibus, de obl. et act.* Additum ergo ex contractu, ad maleficia, et quasi maleficia removenda: consulto. Nam ex filiorum quidem familias maleficiis et quasi maleficiis pater nullo modo tenetur, §. *ult. infra, de nox. act.* Ex maleficiis autem servorum tenetur quidem dominus; sed noxali actione, id est ea ex qua dominus condemnatus non ideo necesse habet damnum de suo aut de peculio servi præstare, sed servum noxæ dedendo liberatur. Ex qua etiam potestate noxæ dedendi, noxalis actio appellata est, *infra de nox. act.* et *L. 1. D. eod.*

II. Ait ex filiorum familias et servorum contractu actionem constitutam de peculio: non quod ex eo genere non sit etiam constituta adversus patrem dominumve in solidum (est enim et in solidum constituta; qui locus explicatur fusius in titulo sequenti), sed quia interdum est in solidum, non semper; de peculio autem semper, et sine exceptione. Nam si quid filius aut servus patris dominive jussu contraxerint, gesserint; tenetur pater vel dominus quod jussu in solidum. Si quid patris dominive jussu gestum non sit, sed in rem patris aut domini versum; tenentur et hi in sol dum de in

rem verso, id est quatenus in rem eorum versum est. Si nihil horum factum erit, cessant superiores actiones; sed nihilominus semper actioni de peculio adversus eos locus est, §. *praeterea, infra quod cum eo* de peculio, id est ut hactenus condemnet judex, quatenus in peculio sit, §. *sunt praeterea, infra eod.*

III. At hanc actionem a prætore constitui aut supervacuum videri potest, aut iniquum. Supervacuum, si jure civili constituta est. Iniquum, ut ex facto filiorum, servorumve quolibet, ignorantes et inviti teneantur patres dominive, ubi hi ex eo quod gestum est, locupletiores facti non sint. Utrique igitur huic dubitationi occurrit hoc loco Justinianus, docens nullam hanc actionem esse ipso jure, id est civili, de quo postea; ut proinde necesse fuerit, nedum utile, si hanc aliquam esse vellemus, eam jure prætorio comparari. Ut autem constitueretur, æquitatem et utilitatem suasisse. Omnes enim concedent æquum esse ipsos saltem filios et servos usque ad quantitatem patrimonii sui obligari, tenerive. Peculium autem id eorum velut patrimonium est, inquit Justinianus. Ex quo efficitur, hactenus teneri eos æquum esse. Qui fit igitur ut non conveniantur ipsi, sed patres aut domini? quia peculium, etsi voluntate patris aut domini et naturali possessione est filiorum et servorum, jure tamen est patris et domini, quatenus his acquiritur, *L. quod servus, D. de ac. pos.* §. 1. *Inst. per quas per.* ut merito ii conveniendi sint, qui in solvendo habent quod de eo peculio statuant.

IV. Videndum quid sit peculium, et quatenus verum sit illud, patres dominosve de peculio teneri; neque enim id in peculio filiorum usquequaque verum est. Et illud tenendum est, aliam esse caussam peculii servorum, aliam filiorumfamilias. Nullum peculium servi est, nisi quod a domino nominatim fuerit servo constitutum, quidquid erit quod quæsierit servus vel aliena liberalitate, vel opera sua et labore, *L. 4. in pr. D. de pec.* Unde peculium servi ita definitur, *quod servus, domini permissu, separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur*, *L. 5. §. ult. D. de pec.* Hoc genus peculii quantumvis voluntate domini servo concessum, jure tamen totum est domini, et proprietate et fructu; nihil enim servi suum habere possunt, §. *item vobis, supra per quas pers. nob. acquir.*

V. Longe dissimilis caussa peculii filiorumfamilias. Nam primum quidquid habet filiusfamilias aliunde quæsitum, id in peculio est filii; nec quidquam refert, utrum sciente et permittente patre habeat, an ignorante, atque adeo invito, *L. ult. C. de inoff. test.* Deinde, non omne peculium filiifamilias est in potestate et dominio patris. Pleraque filiorumfamilias ita sunt propria, ut si patresfamilias essent. Quod ut intelligatur, sciendum est hujus peculii plura esse genera, quæ una definitione nequaquam continentur. Quoddam est paganum, quoddam militare. Indicantur hæc genera in *d. L. ult. C. de inoff. test.* Paganum appellamus, quod non est militum, ut pagani opponuntur militibus, §. 1. *supra de mil. test.* Id duplex est. Aut enim a patre proficiscitur, aut aliunde; prius profectitium, posterius in usu juris adventicium dicitur, *L. profecticia*, 5. in pr. et §. *si pater pro filia, D. de jur. dot.* Profecticium est quidquid a patre collatum est in filium, vel aliunde quidem, facto tamen vel contemplatione patris: colligitur hæc definitio ex §. 1. *supra per quas pers. nob. acquir. d. L. profecticia*, in pr. *D. de jur. dot. L. sed si plures*, §. *in arrogato, D. de vulg.* Hoc, quanquam voluntate patris collatum est in filium, jure tamen totum est patris, ut olim, ita nunc etiam. *d.* §. 1. *per quas pers. L. cum oportet, C. de bo. quæ lib.* Unde dictum, si pater filio, quem in potestate habet donet, donationem nullam esse, *L. 1. §. 1. D. pro don.* Adventicium est quidquid aliunde quam a patre obvenit filio, sive ignorante patre id factum sit, sive invito. Hujus peculii proprietas filii est ex constitutionibus; ususfructus quæritur patri, *d.* §. 1. *per quas pers. d. L. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* Hoc amplius et possessio, et administratio patri concessa, ad eum modum qui constituitur in *L. ult. §. ubi autem*, et deinceps usque ad fi. *C. de bon. quæ lib.* Interdum cum proprietate etiam ususfructus peculii adventicii filiis acquiritur; quod receptum est in iis caussis quæ his locis comprehensæ sunt, *L. ult. §. 1. auth. excipitur*, et 2. seqq. *C. de bon. quæ lib.* Militare rursum duplex est; castrense, et quasi castrense, *d. L. ult. C. de inoff. test. L. 1. §. nec castrense, D. de coll.* Castrense est quidquid miles in in castris vel extra castra per caussam militiæ acquisivit, ut sunt stipendia, ut præda ex hoste; item quæ ad militiam proficiscenti aut in castris versanti dantur, a parentibus aut amicis, ad usus militiæ necessaria, *L. castrense, D. de cast. pec.* Quasi castrense est filiorumfamilias, magistratuum, patronorum, advocatorum, professorum et magistrorum liberalium artium. Nempe id omne quod

isti ex stipendiis publicis, aut ea opera quam publice Reipublicæ navant, quæsierunt, *d. L. ult. C. de inoff. test.* Dictum quasi castrense, quia forum et Respublica superioribus quasi quædam castra sunt, eorumque opera quasi quædam militia qua Reipublicæ militant; quod in persona advocatorum declaratur egregio rescripto in *L. advocati, C. de advoc. divers. jud.* Utrumque hoc genus peculii totum proprium est filiorum familias dominio et fructu, *d. L. 1. §. nec castrense, de coll. d. L. ult. C. de inoff. test.* Et quidem ita, ut hujus peculii actionem et persecutionem, atque adeo liberam alienationem inter vivos, filiifamilias habeant etiam invito patre, *L. 4. §. 1. D. de cast. pec.* Unde in hoc genere dicuntur filiifamilias fungi vice patrumfamilias, *L. 2. D. de senat. Mac.*

VI. Quæ cum ita sint, de actione de peculio adversus patres ita statuemus. Ex contractu filiorumfamilias, tenentur patres de peculio profecticio citra controversiam; totum enim patrum est, ut proinde possint soli suo jure de eo statuere. Tenentur et de peculio adventicio, quatenus in hoc peculio ususfructus eorum est, *d. L. ult. §. ubi autem, C. de bon. quæ lib.* Quod si et ususfructus ad filiumfamilias pertinebit, de eo non tenebitur pater, ut qui in hoc peculio nihil habeat suum quod possit solvere; sed solus filius aget, et convenietur eo nomine, ut est constitutum in *d. L. ult. §. 1.* in fin. Illic: *et filius simili modo, C. de bon. quæ lib.* Id si in peculio adventicio recte dicitur, multo magis de castrensi intelligendum est, quorum utrumque sine exceptione filiifamilias esse diximus: huc pertinet. *d. L. 4. §. 1. D. de cast. pec.* Quapropter quod in hoc §. dicitur, ex contractu filiorumfamilias actionem de peculio esse adversus patres, sic accipiendum est, ut sit de peculio quod sit in jure et potestate patris. De peculio servorum nihil distinguimus, cum omne diximus ad jus et potestatem domini pertinere.

VII. *Ipso jure non teneantur.* Ipso jure quid fieri, innumeris in locis in libris nostris occurrit, nec significatio omnibus statim nota; aut si intelligitur, non tamen hujus ratio statim expedita. Ac primum hic monendi sumus, ipsum jus non uno modo dici; ne forte ὁμωνυμία decepti, quod valet in uno loco, eodem modo accipiendum putemus in omnibus. Et tamen ne, ut in significationibus admodum variis et incertis, vagetur animus, nec quidquam habeat quod sequatur: præcipiendum est ipsum jus non pluribus modis dici in summa, quam duobus. Aut enim ipso jure idem valet quod jure solo, aut idem quod jure civili, non prætorio. Utraque significatio hinc accepta. Ipsum enim ἔμφατικῶς dicitur, ut excludatur, ad vim ejus de quo quæritur, aliud omne quod jus non sit, ut paulo post declarabitur pluribus. Eo igitur pertinet adjectio vel ut significetur vere jure quid fieri, quia fiat jure solo, nulla re adhibita extrinsecus; vel ut significetur fieri eo jure quod solum vere jus est, id est civili distincto a prætorio. Ac ne in eo electio nos fallat, discernitur facile significatio ex adjuncto cui ipsum jus opponitur. Interdum enim opponitur iis, quæ ut valeant, factum aliquod desiderant. Quod si recte sit, nempe hoc necesse est sic accipi, ut ipsum jus significet solum, et præter quod, ad vim rei constitutæ, nulla alia re aut externo facto sit opus. Valet intelligiturque hæc significatio in his formulis: ut cum dicuntur exsistere sui heredes ipso jure, *§. sui, Inst. de her. quæ ab int.* constat enim id dictum ad discrimen extraneorum heredum qui, delata sibi hereditate, non nisi volentes et animi destinatione hæredes exsistunt, adeundo aut pro herede gerendo. *§. sui*, vers. *necessarii*, et *§. item extraneus, Inst. de her. qual. et diff.* Hoc ergo significatur quod explicatur in *d. §. sui, 2. de her. quæ ab int.* suos heredes fieri jure solo, id est non ut cæteri non necessarii ullo facto suo adhibito, non aditione sua, non denique cujusquam auctoritate aut interventu. Item cum dicitur æs alienum hereditarium dividi inter heredes pro portionibus hereditariis ipso jure, *L. pacto successorum, C. de pact. L. ea quæ, C. fam. erc.* constat et hoc relatum esse ad eam divisionem quæ fieri solet in judicio familiæ erciscundæ, et nomina hereditaria a cæteris rebus hereditariis in hac divisione distingui. Hoc ergo dicitur, etiam tum cum, si qui ad hereditatem vocabantur, heredes exstiterunt, res hereditarias cæteras indivisas manere; sed dividi postea, aut voluntate heredum inter se, aut judicio familiæ erciscundæ, *L. non ideo, L. cohered. C. fam. er. L. 1. D. eod.* at nomina hanc divisionem non desiderare, quia ipso jure, id est jure solo, sine hoc facto divisa sint; unde dicuntur nec in judicium familiæ erciscundæ venire, *L. 2. §. ult. D. eod.* Ejusdem significationis est illud, cum dicitur actio perimi ipso jure, non per exceptionem, aut contra, *L. qui servum, §. 1. D. de obli. et act. L. lecta*, Illic, *sed cum sortis, D. si cer. pet.* Id enim valet, actionem perimi jure solo statim, ut maxime nullum factum debitoris in ea liberatione opponenda intervenerit, aliter atque in his in quibus liberatur per exceptionem: cujus vis est ea, ut eam aliegari et in judi-

cium dedoci ab initio oporteat, alioquî reo nihil prosit, *L. si quidem, L. præscriptionem, C. de exc.* Ejusdem rei et illud, cum dicitur quid valere non ipso jure, sed per fideicommissum, *L. quærebatur*, illic, *sed in proposito, L. de test. mi.* Nam et hic ipso jure declarat jure solo; id est ita, ut ad eum in quem voluntas testatoris confertur, res perveniat recta sine ullo facto et interventu heredis; cum si quid non valeat nisi per fideicommissum, in eo opus sit heredis aditione et restitutione fideicommissi, *§. sed si recusabat, Inst. de fid. her.* Eodem sensu dictum et illud, portionem legis Falcidiæ apud heredem ipsojure remanere, etsi res corporaliter in solidum translatæ sint, *L. 1. §. si quis ex mortis, D. quod leg.* Hoc enim est, remanere eam apud heredem, jure solo id efficiente, sine cujusquam opera; est enim heredis, quamvis non sit ei tradita a legatariis, etsi ab herede non vindicata aut corporaliter apprehensa, *L. lineam, D. ad leg. Fal.* Mutatur significatio, cum ipsum jus opponitur juri prætorio; tum enim ex specie adversante, ipsum jus intelligitur civile, ut hoc loco ubi hæc sententia est; ideo actionem de peculio ex contractu filiorum et servorum, adversus patrem dominumve comparatam a prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, et tamen æquum sit teneri peculio tenus. Quæ et significatio manifestior est in his orationibus, cum legimus omnes actiones, aut ipso jure competere, aut a prætore dari, *§. 1. infra de per. et temp. act.* Item, usumfructum et alias servitutes partim jure ipso constitui et valere, partim tuitione prætoris, *L. si usùsfructus, §. 1. D. usuf. quemadm. cav.* Id enim alibi sic explicatur, constitui aut jure civili, aut prætorio, *L. 1. in fin. D. de superf.* Neque vero magis dici possunt ista acquiri, seu constitui ipso jure, ut significetur jure solo sine cujusquam facto, quam dicuntur res corporales ipso jure acquiri, cum ad eas acquirendas traditio et possessio requiritur; nam et ad usumfructum et alias servitutes acquirendas, eadem velut traditione et possessione, id est iisdem factis opus est, *L. 3. in pr. D. de usuf. L. ult. D. de ser. L. 1. in fin. D. de ser. rust. præ.* Ac cur ipsum dicatur solum, cum sententia postulat, minus dubium est. Nam ut significetur aliquid fieri jure ac non solo, sufficiebat dicere jure fieri. Cum autem additur demonstrativum ipso, intenditur oratio, et hoc significatur, videlicet fieri illo ipso modo, non alio. Et vero scimus quæ vis esse soleat hujus demonstrativi, cum dicimus ipse fecit; est enim hæc, ut significetur ille ipse per se, non per alios. At cur his verbis, ipso jure, designetur veteribus jus civile, dubitari potest. Jus enim verbum est generis, quod non minus ad prætorium quam ad civile pertinet, utrumque enim jus est; quin juris Romani species hæ duæ, civile et prætorium, *L. jus autem, D. de just. et jur.* Cur igitur verbo generis designetur potius jus civile quam prætorium? aut potius cur verbo generis utentes, veteres ambiguitatem relinquunt, quam, si speciem exprimerent, tollere potuerunt? Et sane verbo solo juris non recte uterentur, ut unam potius speciem significarent quam alteram, cum ambæ etiam in specie ipsa exprimenda retineant nomen juris, distinguanturque solum his adjectionibus, ut una dicatur jus civile, altera jus prætorium. Sed addita particula, ipso, designatur jam species juris, non genus. Recte enim Baro, ipsum inter cætera notare excellentiam; ut cum discipuli Pythagoræ dicebant *ipse dixit*, ipse illis erat Pythagoras per excellentiam. Id ergo demonstrativum, juri tributum ex hoc sensu, facit ut jus id quod excellat intelligere debeamus. Id autem est jus civile. Quinimo id ipsum est, quod vere nomen et auctoritatem juris obtineat; nam prætorium non tam jus est, quam viva vox juris civilis; sic enim appellatur in *L. nam et ipsum, D. de just. et jur.* Viva vox, id est interpretatio quædam, et ἐπανόρθωσις. Unde dicitur constitutum, adjuvandi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia, *d. L. jus autem, D. de just. et jur.*

## ITEM QUIS POSTULANTE.

### §. XI.

*Ex Jurejurando actio cui detur et qua ex caussa.* I.
*Ex Jurejurando actio adversus quem.* II.
*Ex Jurejurando actio a prætore constituta, non jure civili; et cur utrumque.* III.
*Jusjurandum adversario deferente datum, nec prætextu perjurii retractari; duas caussas excipi.* IV.
*Ex Jurejurando actio, in factum dicitur, et utilis; ita ut his verbis significetur una eademque actio, non duæ.* V.

**Item si quis, postulante adversario, juraverit deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur; justissime accommodat ei talem actionem per quam non illud quæritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.**

I. Tertia est actio prætoria in personam, eademque ex contractu, quæ hic ordine proponitur; comparata ex jurejurando, ei qui deferente adversario juravit, aut perinde habetur, quasi jurasset sibi quid deberi aut suum esse. Quæ ut plane intelligatur, et una hic locus; natura ejus, ex iis quæ propria sunt singularum in personam, distincte spectanda est; sunt autem hæc præcipue in hac actione: Quibus qua ex caussa detur: Adversus quem: Quo jure constituta sit: Quam recte constituta: An semper detur et sine retractatione jurisjurandi: Una sit, an plures, et Quo nomine vocetur. Proposita est hæc actio duobus, et his totidem de caussis. Primum ei qui juraverit sibi deberi pecuniam, ut hic expressum est. Idem est, et si juraverit quid suum esse, *L. nam postea, §. ult. D. de jur.* Sed utrumque hac conditione, si juraverit postulante adversario, ut hic scribitur: quod in edicto dicitur, si quis conditione delata juraverit, ut proponitur in *L.* 3. in prin. *D. eod.* quod quamobrem adjectum sit, ratio ibidem reddita est. Deinde etiam proposita actio ei cui remissum est jusjurandum; ut hic quidem perinde habeatur actor, quasi jurasset, *d. L. nam postea*, in princ. *D. eod. L.* 1. *L. actori, C. de reb. cred.* Remissum jusjurandum dicitur, cum quis delatum suscepit; sed cum paratus esset jurare, adversarius qui detulit, gratiam ei fecit jurisjurandi, sola voluntate jurisjurandi suscepti contentus, *L. remittit, D. de jurej.*

II. Adversus quem detur, ex genere actionis æstimandum est. Constat actionem in personam esse, §. *in personam supra.* Proinde adversus eum qui detulit, cum quo res gesta est, qui idem conventione se obligavit; et ut in eum, sic adversus eos qui in locum ejus successerunt: cæterum adversus alium, si velit jurejurando ut is qui juravit, nihil ei proderit, etiam si juraverit rem aliquam suam esse: hæc in *d. L. nam postea, §. ult. D. eod.* et sunt omnia propria actionis in personam, quæ nunquam adversus possessorem datur, sed solum adversus eum qui nobis obligatus est, *L. actionum, D. de obl. et act.* Ex contractu autem et conventione obligatur is solus suo nomine, qui eum contractum aut quid actum est, §. 1. *supra eod.*

III. Est autem actio prodita jure prætorio, non civili, ut hic declaratur, et §. *in personam supra eod.* Quæ res introducit hanc quæstionem, cur non detur jure civili; et cum illo non detur, cur potius detur jure prætorio. Et ita est jus civile, ut nulli detur actio, nisi ei cui quid debetur, ut indicat definitio actionis tradita supra in principio hujus tituli. Nec satis est in judicio dicere sibi quid deberi, nisi qui dicit probet; et hic ordo judiciorum est, ut reus actore non probante absolvatur, *L.* 2. *D. de prob. L. qui accusare, C. de ed.* Non probat autem deberi sibi, qui sibi deberi jurat; fieri enim potest ut pejeret. Hæc ratio, dum in universum jure civili retinetur, inde factum est ut eo jure in hanc caussam actio non sit constituta. Cur ergo prætor hic constituit? quia nihilominus justum fuit constitui et, ut hic loquitur Justinianus, justissimum. Qui justum, cum pugnet cum superiore ratione? Quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio et consensus; dum is hoc dicere videtur, si actor juraverit, se paratum jurijurando stare, id est præstare quod petitur. Unde di-

citur jusjurandum proficisci ex conventione. *L. qui jurasse, §. ult, D. de juref.* Ex hac conventione suscepto jurejurando, si etiam jurat actor, non est nuda conventio; sed fecit actor ut sibi vicissim fieret quod petit: vel ex regulis juris civilis ejusmodi pactio servanda est, *L. legem. C. de pact.* Atqui, si in jurejurando inest hæc conventio, fuit utique et ante quam hæc actio a prætore constitueretur. Cur non igitur ex ea et jure civili putemus fuisse jam olim actionem? quia non est expressa conventio, neque omnibus cognita. Hanc autem inesse prætor est interpretatus, et religionis tuendæ caussa, et quo a litibus facilius discederetur; atque hanc interpretationem secutus, adversus deferentem actionem dedit. Hinc illa: jusjurandum servari propter religionem et conventionem, *L. sed etsi servus, D. de jur.* item jurejurando transigi negotium inter litigatores, *L. admonendi, in fi. D. eod.* item jusjurandum speciem transactionis continere, *L. 2, D. eod.* Speciem accipe, non speciem transactioni et generi subjectam, sed similitudinem seu instar transactionis. Accedit ad hanc conventionem utilitas publica, dum id agitur jurejurando servando, ut sit aliquis litium finis, *L. ult. D. pro suo.* Ergo hæc actio constituta est ei qui juraverit sibi quid deberi aut suum esse, adversus eum qui jusjurandum detulit; et jure optimo constituta.

IV. Sed an data sine exceptione? quid enim, si dicat adversarius jurantem pejerasse? Et de hac re generaliter ita definitur in *L. 1. C. de reb. cre.* caussam, jurejurando delato et præstito vel remisso, decisam, nec perjurii prætextu retractari posse: idem in *L. quod si deferente, D. de dol.* Idque est quod hic dicitur, in hac actione non illud quæri an actori pecunia debeatur, sed an juraverit; ut intelligamus illo probante se jurasse; reum omnimodo esse damnandum. Idem in *L. 5, §. dato, D. de jur. L. post rem, D. de re jud.* Sed hoc non est perpetuum. Jusjurandum, ob perjurium, duabus de caussis accedentibus retractari posse placuit: alias propter caussam de qua juratur; alias propter conventionem jurisjurandi delati. Propter caussam, una in specie receptum est; legati scilicet aut fideicommissi, quod nondum cognitis verbis testamenti, juraverit legatarius sibi deberi, quanvis herede postulante; effectum hoc lege Justiniani, *L. ult. C. de reb. cred.* favore supremarum voluntatum, ut videtur; quas publice interesse existimatur conservari, *L. vel negare, D. quem. test. ap. L. 1. C. de sac. ecc.* Propter conventionem, idem probatum, cum jusjurandum delatum est specialiter hac lege et conventione, ut si probaretur adversarium pejerasse, liceret jusjurandum retractare. Hanc exceptionem esse interpretor, quæ in *L. 1. C. de reb. cred.* in extremo expressa est his verbis *nisi specialiter hoc lege excipiatur*; lege, id est lego et conventione delati jurisjurandi; ut sit eo loco lex, pactio et conventio in deferendo jurejurando interposita; quomodo legis verbum a veteribus in usu juris passim usurpari solere notius est, quam ut in eo probando laborare oporteat, ut *L. in lege, L. fistulas, L. fundi, D. de cont. empt. L. legem, C. de pact. tit. C. de pac. int. em. et tribus seqq.* Legis autem verbo cavendum, ne illic cum interpretibus constitutionem intelligamus; nam nec præteritam constitutionem excipere potuit Antoninus, cum nulla esset; et multo minus futuram, quæ an ulla esset futura divinare non potuit. Et ut esset futura; tamen stultissimum esset de eo monere, cum omnes scirent per posteriores leges prioribus derogari posse; quæcunque autem futura esset lex posterior, nihil ad jus et consultationem præsentem consultoris pertineret. Teneamus igitur legem illic accipi debere conventionem jurisjurandi delati. Qua interposita, ne miremur jusjurandum retractari posse ob perjurium; semper enim æquum erit inter litigatores conventionem servari. *L. 1. D. de pac.* ibique efficitur edicto generali de pactis, *L. juris gentium, §. ait, D. de pac.* Non aliis de caussis caussam jurejurando, adversario deferente, decisam retractari posse legimus. Nam quod dicitur in *L. admonendi. D. de jur.* caussam jurejurando a judice, ob inopiam probationum exacto decisam, ex integro agi posse, huc non pertinet, ubi de eo qui postulante adversario juravit, agitur. Et diserte distinguuntur hæc genera in *d. L. admonendi.*

V. Actio ex jurejurando appellatur in factum in *L. actori, C. de reb. cred.* Est etiam ubi nominetur utilis, ut in *L. si duo, §. Marcellus, L. sed etsi possessori, §. ult. D de jur.* Cavendum tamen, ne cum vulgo ideo has duas actiones diversas esse existimemus. Utramque eandem esse sciri potest ex *d. L. sed etsi*, ubi quæ in primo responso, vers. *proinde*, dicitur in factum, in simili, vel potius in eadem specie dicitur utilis in *§. ult.* Sed de eo, ut et de vi superiore jurisjurandi, itemque de reliquis partibus ad jusjurandum pertinentibus scripsi accuratius in commentario de jurejurando.

## POENALES QUOQUE.

### §. XII.

*Triplex dumtaxat pœnalis actio prætoria hic a Justiniano descripta, et quare non omnis; de unaquaque obiter.* I. II. IV. V.

*Pœna illius qui parentem vel patronum in jus vocasset, non impetrata venia, ex quo more aut instituto derivata.* III.

Pœnales quoque actiones prætor multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset: et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: item adversus eum qui vi exemerit eum qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit, et alias innumerabiles.

I. Quod pœnales nominant eas quæ sequuntur; innuit eas quarum supra fecit mentionem, esse rei persecutorias, significans utriusque generis actiones in personam esse a prætore constitutas. Quid autem contineatur his appellationibus, exponit in §. *sequens illa, infra. Adversus eum qui quid ex albo ejus corrupisset.* De hac actione, et ea parte edicti est in *L. si quis id quod, D. de juris.*

II. *Et in eum qui patronum vel parentem in jus vocasset.* Hæc actio proposita est edicto prætoris, ea parte quæ est de in jus vocando. Proposita autem, non simpliciter in eum qui istas personas in jus vocasset; sed qui vocasset sine permissu prætoris. *L. 4. D. de in jus voc.* Venia autem petita, impune vocare licuit, *L. pen. L. ult. C. eod.* Quibus, adversus quos, quam ob rem sit proposita, partim comprehensum est edicto quod exstat in *d. L. 4. de in jus voc.* partim diligentius explicatur ibidem et subjectis aliquot capitibus. Actio pœnam continet. Est autem pœna edicto constituta quinquaginta aureorum, *L. pen. D. eod.*

III. Sed hic subsisti potest. Cur enim hic pœna adversus vocationem in jus, quæ legitimo jure instituatur? Movet, quod non est pœna, nisi ubi præcessit delictum; pœna enim nihil aliud est, nisi delicti coercitio, *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.* Quod potest autem delictum esse in eo quod libertus patronum in jus vocat, quod filius patrem, ambo juris persequendi caussa? nam quod potest esse delictum in juris sui persecutione? Jure licet cuivis agere, et persequi judicio quod sibi debetur; est enim actio id jus persequendi. Et hoc si jure, licet eum cum quo acturus sis, in jus vocare; quoniam hujus persecutionis et actionis initium fit ab in jus vocando, § *ult. infra, de pœ. tem. lit.* Porro quod jure fit, pœnam non meretur, *L. Gracchus, C. de adult.* Non abs re igitur videri potest, nullam hic pœnam esse debuisse; quamobrem et constitutæ ratio merito quæritur. Et referri hæc debet ad morem veterem judiciorum Romanorum, quo tempore hoc edictum propositum est. Ut is mos fuit, habuit in jus vocatio nonnihil ignominiæ. Sciendum est enim, quod a viris doctis recte observatum est, in primis a Duareno *lib. 1. Disput. c. 1.* sic jus fuisse olim in jus vocationis, ut qui vocabantur, inviti cogerentur ire; alioqui etiam invitos liceret ducere, ut patet ex *L. plerique, L. neque. D. de in jus voc. ut eant;* item ex eo quod constituta esset actio in eos qui in jus vocatum vi exemissent, *tit. Ne quis eum qui in jus voc. est, vi. exim.* Non eximitur, nisi qui aufertur alteri; nec aufertur alteri, nisi qui ab eo tenebatur, aut ducebatur, *L. 4. D. ne quis eum qui in jus voc. est.* Nec evitabat quisquam hanc ductionem, nisi satis aut cautum, pro personæ qualitate, daret se judicio constituto die stiturum, *d. tit. in jus voc. ut eant.* Publice quenquam ita duci ignominiosum certe quod vehementer lædat verecundiam, ejus qui ducitur. Satisdare autem aut cavere, etsi per se non est turpe, tamen ut illam ductionem evites, id cogi facere, vim adjunctam et minas habere videtur. Sed, etsi aut invitum ducere, aut hujus ductionis vitandæ caussa satisdationem exigere, inter alios cives delicto caruit, quia erat permissum; tamen nemo non videt his rebus offendi reverentiam parenti et patrono debitam, si quis hæc adversus istos instituat. Hinc delictum, si quis hos in jus vocaret; unde et pœna. Et tamen, quia propter metum hujus reverentiæ non debuit exigi a liberto

aut filio, ne jus suum ab his persequerentur, si illi injuriam facerent, aut non præstarent quod debent; res ita temperata est a prætore, ut vetaret eos in jus vocari sine permissu suo; venia autem petita, concederet, cum ipsa veniæ petitio reverentiæ debitæ significationem haberet.

IV. *Item adversus eum qui vi exemerit.* Quale sit hoc genus actionis, et quam originem habeat, ex his quæ modo diximus, intelligitur. Est igitur actio ei qui reum in jus vocatum ducebat, constituta adversus eum qui vocatum vi exemisset. *L.* 1. *et tot. tit. D. ne quis eum qui in jus voc. est.* Constituta autem actori in id, quanti ea res erit ab actore æstimata; de qua controversia est, ut sunt verba in *L. pen.* in pr. *D. ne quis eum;* id est, constituta in id quod actor sibi deberi dicet, cujus fidem faciat hoc ipso, quod affirmabit tantum sibi deberi, omissa quæstione an sit calumniator necne, ut est in *d. L. pen.* id est, an ei vere debeatur necne; in quo cernitur actionis pœna; cum alioqui jure publico nulli dicenti, nisi probanti, fides habeantur in judicio. *L.* 2. *D. de prob.* Unde et actore non probante, placet reum obtinere, *L. qui accusare, C. de eden.*

V. *Et alias innumerabiles.* Cur omnes actiones prætorias pœnales non recenseat, rationem reddit, quia sint innumerabiles. Et vero recensere, ut est ejus institutum, non est necesse. Proposuit enim in §. *sed istæ, supra* actiones tam in rem quam in personam, non tantum jure civili constitutas esse, sed esse et alias in utroque genere ex jurisdictione prætoris, id est, edicto comparatas: satisfecit instituto et propositioni superiori si exemplis doceat, tam in actionibus in rem quam in personam, rem ita se habere. Quod et fecit; ita tamen, ut ubi caussæ et species earum actionum facile comprehendi possent, illic aut omnes aut maxime necessarias sit complexus, ut supra; ubi autem fuerunt innumeræ, eas omiserit, contentus ex innumeris paucas proponere, ne exempla deessent ad probandum quod proposuerat, ut hic factum videmus.

## PRÆJUDICIALES.

### §. XIII.



Præjudiciales actiones in rem esse videntur: quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit; cætera ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

I. Duobus generibus actionum constitutis uno in rem, altero in personam, et eorum caussis, quantum instituto convenire visum est, expositis, occurrit tacitæ objectioni quæ efficere videbatur deesse aliquid superiori divisioni, eoque et vitiosam esse divisionem. Nata dubitatio ex actionibus præjudicialibus; quas quidem actiones esse constat, certe ita nominari apparet; videri tamen possunt neque in personam esse, neque in rem. Non sunt in personam; non enim sunt adversus eum, qui sit nobis obligatus, quod est proprium actionum in personam, §. 1. *supra L. actionum, D. de obl. et act.* Non videntur esse in rem, quia cum actione in rem id agatur ut res ad jus nostrum pertinens quæ ab alio possidetur, nobis restituatur, nulla ejusmodi restitutio fit in actionibus præjudicialibus. Vitiosa igitur divisio, cui hoc genus desit. Adversus hanc, seu objectionem seu dubitationem, tacite superiorem divisionem confirmat, docens etiam præjudiciales actiones de quibus dubitari scimus, ad eam divisionem pertinere, non novam speciem constituere superioribus generibus non subjectam, ne quis forte hoc saltem genus hic requirat: videri enim actiones in rem esse. De quibus, si distincte dixero quæ sint quæque earum species; quid sit earum proprium, unde et nomen; cur dicantur in rem; cur aliæ civilem caussam habere, aliæ a prætoris jurisdictione profisci; de sententia hujus loci, et harum actionum natura dixero.

II. Præjudiciales actiones, si de re quæritur, non de verbo, et generaliter dicendum est, sunt actiones de statu vindicando asserendoque, sive hunc in alio certum esse dicimus, juris alicujus nostri ab eo obtinendi caussa; sive is contra contrarium statum sibi ab eo jure liberum defendat, eumque vindicet. Id ita esse, atque adeo quale sit, species hujus generis cognitæ planum facient. Earum tres species numerat hoc loco Justinianus.

III. Una est *in qua quæritur*, inquit, *an aliquis liber sit:* adde quod tribus verbis interjectis sequitur, an servus. Est enim ea actio, qua inter duos agitur de unius libertate simul et servitute; cui scilicet locus est inter duos, quorum unus eum eum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra se liberum contendit, ut necesse sit in ea controversia quæri utrum is qui servus dicitur, liber sit ut ipse se dicit, an servus ut ab adversario objicitur. Nec interest ad actionem præjudicialem hujus generis, a quo actio et intentio nascatur; utrum ab eo qui se dominum dicens ad judicium provocaret, et cum quem servum dicit, in servitutem petit; an vero ab eo qui servus dicitur, dum is adversus eum qui libertatis controversiam

facit, ultro in libertatem (1) proclamat, id est se liberum esse intendit, et quodammodo se in libertatem vindicat. *L. liberis. §. ult. L. quod autem. D. de lib. cau.* Inde hæc caussa dicitur etiam caussa liberalis, et liberale judicium, utpote in qua de libertate agitur, *d.* (2) *L. quod autem, L. ordinata D. eod.*

IV. Altera species est *in qua quæritur*, inquit, *an quis sit libertus*; quod rursum hic accipi debet, utrum libertus quis sit, an ingenuus. Ea est enim qua, inter eos agitur, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, id est a se justa servitute manumissum, seque ei patronum esse. *Inst. de liber. in princ. L. adoptivum. §. patronum, D. de in jus voc.* alter autem se ejus libertum, id est se ab eo manumissum negat; sed se aut ingenuum plane esse, aut ab eo cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Unde quæstio hujus judicii propria, an is qui libertus dicitur, sit libertus an ingenuus. Neque hic refert, uti nec in priore specie, uter de jure suo adversus alterum ad judicium provocet; sed alterutro agente, præjudicium seu præjudicialis actio redditur, in qua eadem quæstio versatur. *L. circa, L. quoties. D. de prob. L. ult. D. si libert. ing. esse dic.*

V. Tertia species est, quæ hic dicitur *de partu agnoscendo*. Cui tunc locus est, cum maritus, soluto matrimonio, partum ab uxore editum suum esse negat; sive quod neget eam uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *L. 1. §. dies, in fin. D. de agnosc. lib.* mulier contra legitimum partum esse et ex marito editum contendit. Agit ergo mulier in hac contraversia adversus maritum, intendens se et uxorem ejus et ex eo prægnantem fuisse; petit ut ita esse pronuntietur, quo et maritus partum pro suo agnoscat, agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur. *d. L. 1. §. pen. §. ult. de agnosc. lib.* Hæc actio mulieri non est necessaria, cum et sine judicio maritus partum agnoscere et pro suo alere cogitur. Quod tunc placuit, cum, denuntiatione legitima præcedente qua nuntietur mulier prægnans esse, nec maritus, nec quisquam nomine mariti respondet ex eo non esse prægnantem, *d. L. 1. §. denuntiare. vers. pœna, §. pen. eod.* Denuntiatio autem justa in hac re talis describitur in *d. L. 1. §. 1.* permittitur mulieri, parentive in cujus potestate est, vel ei cui mandatum ab eis est, si putet prægnantem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos, ipsi marito, vel parenti in cujus potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat; hoc autem denuntiatur mulierem esse ex eo prægnantem, ibidem in *§. denuntiare.* Tunc ergo mulieri necessaria est hæc actio ad agnitionem partus, cum aut non denuntiavit se esse prægnantem, vel ii nomine ejus, quos supra diximus: aut ipsa denuntiante, maritus negavit ex se prægnantem esse, *d. L. 1. §. ult.* Competit hæc actio, soluto matrimonio, adversus maritum qui ita, ut dixi, partus controversiam facit, Competit et adversus avum, si post mortem mariti ejusdemque patris, partus edatur avo superstite, in cujus potestatem recasurus sit partus, si ex filio ejus natus probetur: avus autem partum similiter non agnoscat, *L. 3. §. 1. D. eo.* Actio de partu est, non tantum si post divortium edatur, sed etsi jam ante constante matrimonio sit editus, et de eo agnoscendo agatur; sed nec tantum de eo qui edatur post divortium, sed etiam de eo qui edatur post mortem mariti, atque ita matrimonio morte mariti soluto, *d. L. 3. §. 1.* Hæc actio de partu non item vice versa marito adversus uxorem competit, ut neget eam ex se fuisse prægnantem, ne postea partum agnoscere cogatur, Ideo dicitur actio de partu agnoscendo, ut declaretur ea agi adversus aliquem, quo is partum agnoscere cogatur. At hoc sola petit uxor a marito qui prius partus facit controversiam; nunquam maritus ab uxore, cum illud contendat potius ne partum agnoscat. Et vero ad eam rem actio de partu, illi sit inutilis. Nam si mulier nihil denuntiavit, aut ea denuntiante, respondit maritus non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio non cogitur partum agnoscere; ut ad id obtinendum quod habet, actio sit inepta, *d. L. 1. §. Julianus,*

(1) Et proclamare simpliciter ac concise dicti qui ad libertatem *L. 4. C. ubi ca. stat. agi*, Seneca 2. *Controv.* 2. P. Fab. 2. *Semestr.* 16. *pag.* 256. *ac seq.*

(2) Etiam aliis auctoribus, Terent. *Adelph.* 2. *Sc.* 1. Plaut. *Penulo* 4. *Sc.* 2. non a liberalitate, ut quidam insulse, sed libertate sicuti et artes liberales, Merc. 2. *Opin.* 21. Joan. a Wover. *de Polymathiâ c.* 3. Unde et liberalitas dicitur quasi libero digna sicuti et Græco ελευθεριότης 4. *Eth. Nicom.* 1. Tho. Sagittar. *Exerc. Ethic. Exoter.* 13. *Thesi* 4. *lit. B.* Plane Rævar. 1. *de Præjud.* 12. liberales caussas a præjudicialibus actionibus differre contendit. Sed in his immorari non libet.

vers. *idem per contrarium*, §. *ult.* illic. *plane. D. eod.* Contra si, muliere denuntiante, non negavit ex se prægnantem, sic partum alere cogitur, ut non possit id detrectare, *ead. L.* 1. §. *denuntiare*, vers. *pœnæ*. Sane non ideo partus illi filius et suus heres efficitur, *ead. L.* 1. §. *idem Julianus.* Quæ res facit ut possit et ea de re judicio experiri, de quo mox: sed de eo an quis sit filius noster necne, cum ipso filio agitur, non cum uxore, quæ dum non cogatur partum alere, de conditione filii judicium accipere necesse non habet.

VI. Huic finitima est quarta species, qua inter patrem et filium agitur; in qua et ipsa quæritur an quis sit filius, et in potestate Lucii Titii necne; quod quidem cum superiore specie commune est. Nam et illa quæstio, an partus sit ex Lucio Titio editus, non aliud continet quam hoc, an is partus sit filius et in potestate Lucii Titii. Unde et sententia pro partu eum filium et suum heredem facere dicitur. *d. L.* 1. in fi. *de ag. lib.* Sed tamen hæc posterior longe diversa est ab illa priore de partu agnoscendo. Hac enim posteriore, non inter uxorem et maritum agitur in controversia de conceptione partus, sed inter patrem et filium ipsum: sic nunc voco eum qui pater, et qui filius dicitur. Illa de partu soli matri datur adversus maritum, non marito adversus matrem; hæc posterior et patri, maxime adversus filium, et vicissim filio adversum patrem. Actio de partu datur matri solum affirmanti partum justum esse et filium mariti, non neganti. Hæc posterior quam dico, sic patri datur adversus filium, ut detur et affirmanti filium suum esse cum cum quo agitur, et contra neganti. Similiter et filio datur in utramque partem, id est, sive filium se esse intendat Lucii Titii petatque ut agnoscatur a patre, sive se filium ejus esse neget. Sed et in hac posteriore specie, non quæritur an quis sit filius ex caussa justi partus, sed ex quavis caussa qua quis jure civili justus filius efficitur. In summa, sciamus ei qui pater dicitur, competere actionem præjudicialem adversus eum qui dicitur filius, non tantum qua intendat se patrem esse, et illum filium qui se filium negat; sed et contra qua neget eum filium suum esse qui se filium esse contendit. Et vice versa filio adversus patrem ultro eandem actionem dari in alterutram partem de jure filii affirmanti. In quibus omnibus una hæc quæstio versatur, an quis sit filius necne. Pater, si filium petat qui se filium ejus esse neget, præjudicio agit cum filio ut is filius suus pronuntietur. Hoc præjudicium intelligit Ulpianus in *L.* 1. §. 1. *D. de rei vind.* In his verbis: *petuntur liberi nostri qui sunt in potestate, aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria.* Id autem ita fit: aut enim liberi nostri detinentur ab aliis, aut ipsi nobis faciunt sui controversiam. Adversus alios agitur interdicto De liberis exhibendis ducendisve. Ipsi, si sui controversiam faciunt et se liberos fatentur, sed se esse in potestate negant, transigitur hæc res cognitione prætoria: quæ duo ita traduntur in *L.* 3. §. 1. *D. de lib. exh.* Unde relinquitur tertium, ut si plane se filios negent, præjudicio locus sit quo a nobis petantur. Sed et neganti aliquem suum filium esse, aliquando actione opus est, ut declaretur id ita esse; ut cum partus ex uxore editus est, et cum illa denuntiasset tempestive se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim, in re dubia, partus pro filio habetur et pro tali alendus est; sic tamen, ut placeat non ideo hunc filium ejus et suum heredem effici, et huic veritati locum superfore, ut cum id constiterit, non amplius eum alere cogatur, *L.* 1. §. *Julianus*, §. *idem Julianus, de agnosc. lib.* Quomodo ergo consequetur pater ut talis hic declaretur? nempe judicio, quo de ea re agatur adversus eum qui filius dicitur. Non dubium ergo quin et neganti detur actio in eam rem; ac quæ datur, ipsa itidem præjudicialis, utpote quæ habeat omnia quæ præjudicii propria esse diximus, de quibus paulo post. Hæc eadem actio, vice mutua, ei qui filios dicitur ultro agenti dabitur, sive se filium Lucii Titii esse intendat, sive neget. Si quis pro filio non agnoscitur qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petit ut talis pronuntietur et pro tali agnoscatur. Datur hæc actio matri pro filio, *L.* 3. §. 1. *D. de agnosc. lib.*, multo magis ipsi filio competere quis dixerit. E converso si quis pro filio habitus neget se filium, eodem modo illi actio in eam rem danda est, quo datur ei qui neget se esse ejus patrem, ne ea quæ sunt filii præstare cogatur. Sic datur præjudicialis actio ei qui se servum neget, ne præstare cogatur quæ sunt servi. Sic et qui se libertum negat et ingenuum esse dicit, ne præstet quæ sunt liberti. Cur non detur etiam ei qui se filium alicujus esse negat ne præstet quæ sunt filii, ratio reddi non potest. Quæ si ita recte distinguuntur, fiunt quatuor species quas harum actionum recte numeremus. Melius tamen fortasse et aptius hæc ita distinguantur, ut

actionum præjudicialium statuantur genera hæc tria: unum de libertate, in quo quæritur utrum quis liber sit an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur libertus quis sit an ingenus: tertium de familiæ potestate, in quo quæritur utrum quis sit filius an non sit. Hujus autem generis species duæ: una, qua agitur inter uxorem et maritum de partu mulieris agnoscendo pro legitimo partu, et eo qui sit filius: altera qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat; aut contra unus se patrem negat, alter eum esse contendit.

VII. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, item et uno verbo præjudicia, *L. quoties, D. de prob. L. ult. D. si lib. ing. esse dic. L.* 3. §. 1. *D. de ag. lib.* 1. §. 1. *D. de rei vind. L. actionis, D. de obl. et act.* Cur ita vocentur videndum est. Nomen quidem ex re ductum, quæ sit harum actionum propria. Sed quæ sit ea res, unde nomen, aut non intelligitur ab omnibus, aut non est explicatu ita expeditum. Præjudicium (3) est judicium præcedens de re aliqua, ad sequentem aliquam caussam ita pertinens, ut priore illo judicio, de hac quoque sequente judicium ante factum intelligatur. Sic enim fit ut prius illud judicium, in sua caussa de qua actum et judicatum est, dicatur absolute judicium; in sequente autem ad quam etiam pertinet, dicatur præjudicium, quia ad hanc relatum sit judicium præcedens; et tamen nihilominus in hac ipsa judicium, quia et huic caussæ judicium et finem adferat, quasi et de ea simul judicatum sit.

VIII. Quid ergo? an actiones de statu superiores ideo dicuntur præjudiciales, quia aliis caussis sequentibus præjudicium adferunt? Sed hoc commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales. Si ex caussa de inofficioso, inter filium et heredem scriptum cognoverit judex, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum; sententia non solum jus facit de hereditate inter litigatores, ut sit suus heres secundum quem judicatum est; sed et legatis et libertatibus præjudicium adfert, ut, quasi de his quoque judicatum sit, nihil eorum debeatur, *L. Papinianus, §. ult. D. de inoff. test.* Nemo tamen actionem de inofficioso testamento præjudicialem esse dicit. Item, si debitor, sciente creditore, egerit de proprietate pignoris et victus sit, ea res crediturі quandoque de eadem re agenti præjudicium facit, *L. sæpe, vers. scientibus, D. de re jud.* Neque tamen vindicatio debitoris dicitur actio præjudicialis. An potius dicuntur præjudiciales, quod, alia quæstione instituta, ea quæstio sustinenda est, donec de his actionibus judicium fiat; ut sint præjudiciales, quia (4) earum judicium præcedere debeat? Sed et hoc commune cum omni caussa majore; cujus hæc conditio est, ut si de ea agi cœperit, ac deinde minor instituatur a qua præjudicium majori metuatur, semper sustineatur minor, et prius de majore judicium fieri oporteat, *L. per minorem, D. de jud. L. fundum, L. fundi, L. rei, D. exc. L.* 5. in fin. *D. de her. pet.* Non ideo tamen actio de re majore inter actiones præjudiciales numeratur. Aliud igitur esse oportet quod sit harum actionum proprium, unde et præter cæteras dicantur præjudiciales. Et res ita habet. Præjudiciales sunt superiores actiones de statu, non tantum quia aliis rebus præjudicium aliquando adferunt, sed quia hujus ipsius præjudicii aliis rebus faciendi caussa instituuntur; et ut instituuntur, ita his præjudicium sine exceptione adferunt, id est, non tantum inter easdem personas, sed etiam inter alias omnes inter quas de eodem statu quæstio postea inciderit: quorum utrumque in his solum actiones cadit; ut proinde finis præjudicii, et præjudicii potestas in his actionibus duæ sint notæ certæ, qua distinguantur a cæteris, unde et merito nomen proprium obtineant.

IX. Duæ ergo res sunt, ut de his distincte dicatur, et distinctæ demonstrentur facilius, quæ actiones istas vere et proprie præjudiciales faciunt: finis præjudicii his propositus, et præjudicii potestas iisdem attributa. Finis harum actionum hic proprius, quod cum sint de statu, non tamen pro-

(3) Vide auctores citatos *Lib.* 22. *Civil. Commentarior. C.* 8. *n.* 18.

(4) Quomodo vult Ræv. 1. *de Præjudic.* 12. non inde dici quod in iis magnum præjudicium vertatur, nec quod aliis caussis præjudicent, nec quod per illas impediatur ne præjudicium feratur, sed quod prius quam caussæ ad quas pertinent, per datum judicem expediantur. Sic esse in manuscripto libri vetustissimi *de verbis juris:* Præjudiciales dicuntur quæ in modum exceptionis opponuntur, et ante primam quæstionem de necessitate terminantur. Quæ credibile est, ait Rævardus, ex Jurisconsultorum aliquibus reliquiis esse.

pter statum solum instituuntur, alioqui inutiles futuræ; sed propter ea commoda aut incommoda quæ ex statu nascuntur: ut scilicet caussis controversiisque omnibus de eo genere quandoque incidentibus, jam nunc in hoc judicio præjudicium adferant; id est ut pro eo ac de statu judicatum erit, ita commoda et incommoda ei statui adjuncta sequantur, quasi eadem opera et de his judicium factum esset. Quod ut intelligatur, sciendum est multa esse quæ, statu constituto de quo superioribus actionibus agitur, per caussam ejus status præstari aut non præstari oporteat. In servitutem petitur aliquis; servitutis hæc sunt incommoda, præter alia multa: præstabit servus domino operas, velit nolit, et eas quascunque dominus impetrabit, alioqui coercendi jus est: bona præterea omnia, et quidquid per servum acquiritur, in domini potestate, jure ei quæsita, §. 1. *Inst. de h s qui sunt sui vel al. jur.* Agitur cum aliquo tanquam cum liberto; liberti hæc onera sunt: honorem et reverentiam patrono debet; ex quo illa, ne quam actionem famosam adversus patronum instituat, aut adeo quæ doli vel fraudis habeat mentionem, *L. licet, D. de obs. a par.* ne patronum in jus vocet sine venia prætoris, *L. 4. D. de in jus voc.* Debet et libertus patrono operas quæ pro beneficio manumissionis erunt impositæ, *L. operis, D. de op. lib. L. si non sortem. §. libertus, D. de cond. ind.* Successio præterea libertorum patrono, edictis prætorum delata est, *Inst. de bo. lib.* Agitur de eo, an quis sit filius necne: patris hæc jura sunt: honorem et reverentiam patri filius debet, *d. L. 2. parens, D. de obs.* Si quid filio qui in potestate est obvenit a patre, id patri acquiritur; si aliunde, ususfructus est patris, §. 1. *Inst. per quas pers. no. acq.* Sed patrem et filius alere debet, *L. si quis a liberis, D. de ag. lib.* Vicissim hæc filii sunt commoda: in primis, filium alere debet pater, *d. L. si quis a,* in princ. et *§. si vel parens, L. ult. §. ipsum autem, C. de bon. quæ lib.* Jus item agnationis patri et filio, cum invicem, tum cum aliis qui ejusdem sanguinis sunt, constitutum; ex quo et hereditatum inter ipsos perceptio. Hoc ergo dicimus, quæcunque actiones præjudiciales, vel de servitute, vel de libertinitate, vel de familia, si per se spectantur, esse agenti inutiles, etiamsi maxime secundum actorem pronuntietur, et consequatur is de statu quod petit. Nam qui aliquem servum suum esse intendit, libertum suum, aut filium, is nihil aliud petit quam ut is cum quo agit, talis pronuntietur; nec aliæ sunt partes judicis, quam ut talem pronuntiet, *L. Divi, §. 1. D. de lib. cau. L. circa, D. de prob. L. 1. §. ult. D. de agnosc. lib.* Esto judex talem esse pronuntiet; quid inde consequitur actor, si hic consistitur? nihil amplius quam ante. Quod non idem fit in aliis actionibus, in quibus ita agitur, ut petamus aliquid nobis dari, fieri, restitui; quod et ipsum sententia judicis consequimur, adversario in unum aliquod ex his, prout petitum est, condemnato. Nulla istarum rerum petitio est in actione præjudiciali, ac propterea nulla etiam ejusmodi condemnatio judicis.

X. Et hoc est quod Theophilus præjudicialem actionem esse definit hoc loco, formulam intentione sola constantem, quæ condemnationem non habeat. Recte Theophilus; necesse est enim, ubi non petatur ab adversario ut aliquid præstet, ibi nullam esse adversarii condemnationem; quoniam sententia judicis non debet excedere id quod in judicium deductum est, *L. ult. C. de fid. lib. L. ut fundus, D com. divi.* Habet quidem præjudicium sententiam et pronuntiationem judicis de statu, sed non condemnationem in id, ut quid detur aut fiat ab adversario. Quod cum ita sit, inutilis est, ut dixi, agenti præjudicialis actio, si intra statum consistitur ac non instituitur actio alterius rei caussa. Quorsum ergo actio, aut quæ utilitas horum judiciorum? Nempe hæc, ut actor, statu isto adversarii sententia judicis constituto, consequatur ea quæ sunt domini, quæ patroni, quæ patris; ac ne frustra egerit ut hoc judicium ad ea deinceps obtinenda ei prosit. Apparet igitur, si qua hic utilitas est, institui has actiones, cum propter eas res quæ sequuntur, tum vero præjudicii de his rebus faciendi caussa; ut quandoque de his rebus controversia inciderit, intelligatur de his jam nunc judicium factum esse. Quod si hic horum judiciorum finis est, et is eorum judiciorum proprius; perspicuum est ex hoc fine recte præjudiciales appellari, similiter ut pœnales vocamus quæ pœnæ persequendæ caussa, rei persecutorias quæ rei persequendæ instituuntur.

XI. Atque ut hic finis est harum actionum, ut controversiis rerum ex eo statu pendentium præjudicium adferant; ita vero hoc illis inest ut adferant; ut non magis his insit finis præjudicii aliis caussis faciendi, quam hujus præjudicii vis et potestas. Sic, inquam, est actionum præjudicialium vis et potestas, ut in omnibus quæstionibus quæ per caussam status nasci possunt (quæ quales sint in singulis generibus, su-

pra diximus) præjudicium seu jus faciant, id est, quasi de lis quoque judicatum sit, sic litem omnem quæ postea de his incidet, dirimant; idque, non ut in aliis actionibus inter easdem personas, sed inter omnes etiam maxime extraneas. Exemplo sit actio de partu agnoscendo, quando de hac specie hoc quod dico, apertius traditum est quam in aliis ejusdem generis. De ea ergo ita scriptum est in *L.* 1. §. *ult. L.* 2. *L.* 3. in pr. *D.* de agnosc. lib. *Plane si denuntiante muliere, negaverit maritus ex se prægnantem; tametsi custodes non miserit, non evitabit quo minus quæratur an ex eo mulier prægnans sit, necne; quæ caussa si fuerit acta apud judicem, et pronuntiaverit eum de hoc agetur, quod ex eo prægnans fuerit; in ea caussa est, ut agnosci debeat (sive filius non fuit sive fuit) quasi suus in omnibus caussis. Quare et fratribus suis consanguineus erit. Sive contra pronuntiaverit, non erit suus; quamvis suus fuerit; placet enim ejus rei judicem jus facere.* Idem ergo evenit, etsi inter patrem et filium præjudicium redditum sit, et judex eum qui filius dicitur, aut filium esse Lucii Titii pronuntiaverit, aut contra filium non esse. Quo exemplo idem et in actione de libertinitate intelligemus. Finge ita: inter patronum et libertum judicio actum est, quod patronus diceret illum libertum suum esse. Judex libertum esse pronuntiavit; nec quidquam amplius tum patronus consecutus est. Post patronus obsequium desiderat, petit operas, postulat ne adversus se famosa actio intendatur, neve in jus vocetur, quibus de caussis ab initio præjudicium reddi solet, *L. ult. D. si lib. ing. esse dic.* Quanvis ille se nunc libertum neget, nihil tamen nunc novo judicio opus est ad eam rem. Jam enim ante de eo judicium factum est, cum hic pronuntiatus est libertus; quoniam hoc constituto, et hæc quæ dixi, et alia pleraque consequantur. Sed hoc inter easdem personas statui, jus cum aliis rebus judicatis commune est, *L.* 3. *D. de exe. rei jud.* Nos dicimus amplius, si liberto mortuo, quæratur de ejus successione inter patronum et cognatos liberti, quorum hi cognatum suum ingenuum fuisse dicant, hic fuisse libertum, et tanquam patroni jure hereditatem vindicet; sententiam priorem ad hanc quoque caussam pertinere, ut, quanvis eadem quæstio revocetur inter alias personas, et dici soleat res inter alios actas et judicatas aliis non præjudicare, *L. sæpe, D. de rei jud. L.* 1. *D. de exe. rei jud.* tamen in præjudicio secus sit; et illud judicium de statu factum, legitimo contradictore rem agente, jus de eo faciat inter alias quoque personas, inter quas quandoque quæretur libertus is quem dicimus fuerit, necne. Idemque evenit e converso pro eo qui libertus dicebatur, si pronuntiatus fuerit ingenuus, idque factum sit justo contradictore, id est, eo qui se patronum dicebat, sine collusione, *L. Divi*, §. 1. *D. de lib. caus. L. cum non justo, L. ult. D. de collus. deteg.* Idque est quod dicitur in *L. pen. D. de stat. hom.* ingenuum accipiendum esse etiam eum de quo sententia lata est, quanvis fuerit libertinus; quia res judicata pro veritate accipiatur. Hoc sic accipe, quia res de eo judicata; nam si de omni sententia hoc diceretur, nihil erat cur superius illud diceretur potius de ingenuitate, quam de alia quavis conditione de qua judicatum esset. Nunc autem proprium aliquid intelligi voluit Ulpianus de ingenuitate; hoc autem est, ut res de eo judicata in totum pro veritate habeatur; id est hanc vim habeat, ut habeatur pro ingenuo qui ingenuus pronuntiatus est, etsi ab aliis quam cum quibus res acta est, fiat ei ingenuitatis controversia; exemplo ejus qui filius pronuntiatus est, aut non esse filius, *d. L.* 1. §. *ult.* et seqq. *de agnosc. lib.* Quod cum non item jus sit in aliis actionibus, *d. L. sæpe, D. de re jud.* apparet hac quoque parte jus statui proprium actionum præjudicialium; ex quo eodem rectissime et ipsæ, præter cæteras, dicantur præjudiciales.

XII. Hoc genus actionum in rem esse videri ait Justinianus. Recta videri, non esse. Nam proprie in rem non sunt, quia in his non est res quæ restitui debeat, aut de qua restituenda sententia feratur, ut supra dixi; quod tamen contra fit in omnibus in rem actionibus quæ proprie tales sunt, *L. officium, L. qui restituere, D. de rei vind. L. si fundus*, §. *in vindicatione, D. de pig.* In rem tamen videntur esse, quia his actionibus omnibus qui agit, suum aliquid petit, dominus servum suum in servitutem; is qui servus dicitur libertatem sibi asserit; patronus jus patronatus; is qui libertus dicitur, contra sibi vindicat ingenuitatem. In quæstione de familia, pater suum filium velut petit; filius se illius filium esse contendit; et ita ille jus patris, hic jus filii se habere. In rem igitur hactenus; cum in rem dicamus eas, quibus rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem petimus, ut docuimus ad §. 1. *supra eod. tit.* Et ut actio in rem adversus possessorem est, *L. actionum, D. de obl. et act.* sic et præjudiciales actiones adversus eum qui ejus rei, quam hic velut nostram

dicimus, nobis controversiam facit, eoque eam quasi tenet, possidet, ut in servitutibus fieri diximus ad §. *aque supra eod.*

XIII. Superest ut videamus, ex superioribus generibus actionum, quas legitimam caussam habere et cur habere dicat; quas ex prætoria jurisdictione substantiam capere. Ait igitur: *ex quibus fere una illa legitimam caussam habet, per quam quæritur an aliquis liber sit.* Non dicit actionem hanc legitimam esse, sed habere caussam legitimam. Quæ ergo ista caussa est hic agendi legitima, potius quam in cæteris? Hæc videlicet, quod in hoc genere, proprie rem nostram petimus eamque nobis asserimus. Rem enim dominii sui vindicat qui servum petit in servitutem. Et vice versa is qui servus dicitur, etsi libertatem proclamat, rem tamen suam quodammodo petere videtur; dum se quasi sibi vindicat, certe se suum esse dicit; sic enim de manumisso loquitur Persius *sat.* 5.

*Vindicta postquam meus a prætore recessi.*

Porro constat civilem esse hanc caussam in rem agendi. si quis dominium suum vindicat, §. *namque, supra eod.* Non eadem intentio est in cæteris actionibus, in quibus scilicet quæritur utrum quis libertus sit, an ingenuus; filius sit, an non sit. Nam nec libertus nec filius sunt dominii nostri, ut maxime libertum nostrum aut filium esse constiterit. Et ut pronuntiati sint, ille ingenuus, hic non esse filius, non tamen eo magis se ipsos sibi adepti videantur; eum etsi liberti sint aut filii, nihilominus sui sint, id est liberi. Caussa igitur hæc omnis præjudicio agendi, non civilis, sed prætoria; ut merito a prætore introductæ hæ actiones videri debeant. Sed cur illam actionem, in qua quæritur an quis liber sit, eum legitimam caussam habere dixit, addidit *fere*; cum illius solius videatur esse propria ea caussa quam diximus? Videri potest additum propter actionem quæ est de partu agnoscendo; quæ etsi non dissimilem caussam habet ab iis, in quibus quæritur filius aliquis ait an non sit, libertus sit necne; tamen molieri, ad præjudicium pro partu faciendum, prodita videtur ex senatusconsultis, ut conjicere licet ex *L.* 1. in princ. et *L.* 3. §. 1. *de agnosc. lib.* Proinde ex jure civili proficisci, quia hujus juris pars sunt senatusconsulta, *L. jus autem, D. de just. et jur.*

## SIC ITAQUE.

### §. XIV.

*Scopus hujus §. et summa.* I.
*Formula vetus actionis in personam; ex formula indicatur actio.* II. V.
*Dandi verbum.* III.
*Quod nostrum est, cur non possit magis nostrum fieri.* IV.
*Actiones, interdicta ex initiis verborum edicti, aut formulæ appellata.* V.
*Condictio adversus furem de re nostra; et an recte constituta; et quid plus habeat condictio quam vindicatio.* VI.
*Magis teneri furem pluribus actionibus quomodo accipiendum.* VII.
*Condici rem posse non solum furi, sed etiam cuivis malæ fidei possessori.* VIII.

**Sic itaque discretis actionibus, certum est non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si apparet eum dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet; scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur ut ejus fiat. Nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur, si appareat eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.**

I. Ut, circa divisionem actionum in rem et in personam, occurrebat ante de generibus istis dubitatio quam superiore §. diluit; ita divisione superiore et membris superioribus duobus bene constitutis, consequens fuit ut de vi divisionis admoneret, tum de nominibus ipsorum generum, si quid forte in his cavendum aut animadvertendum videretur, quod ad certiorem ejus divisionis cognitionem faceret; quod et nunc facit. Ac monet hoc loco quod ad vim ejus pertineat; de nominibus dicit *sequenti* §. Vis divisionis hæc est, ut quoniam diximus actiones in rem esse, quibus rem nostram petimus; in personam, quibus petimus quod nobis debetur ex obligatione, sive quod nobis ex obligatione dari fieri oportet; hinc intelligamus de eadem re utramque hanc actionem non competere, ut vel rem nostram actione in personam, vel rem nobis debitam actione in rem petere liceat. Contraria enim sunt, quod nostrum est, quod nobis debetur seu dari oportet; cum id dari oporteat quod nondum nostrum est, sed alienum, ut hic explicat. Non fuisset admodum necesse de eo nos moneri, si esset perpetuum; cum ex divisione ipsa et definitionibus generum traditis in §. 1 satis intelligeretur. Nunc quia non est perpetuum, ideo hoc loco attingendum fuit, ne quis ex hac discretione esset error; quod et ipsum nunc agitur. Significat igitur in summa, ita discretis actionibus ut supra factum est, hinc constare rem nobis ex obligatione debitam sic actione in personam peti posse, ut non possit actione in rem; cum quod nobis dari oportet nostrum non sit, actio autem in rem nulli detur, nisi ei qui suum petat, *L. in rem, D. de rei vind. L. actionum, D. de obl. et act.* Id autem esse perpetuum; quod ea re declarat, quod hac parte nihil excipit, imo hanc partem ne attingit quidem. At si de re nostra ageretur, hic vero aperte scribit, in eo quidem genere, regulariter jus idem valere, ut quæ res actione in rem peti potest, non possit etiam peti actione in personam, sed tamen non semper ita esse; in rebus enim furtivis et mala fide possessis locum non habere, de quibus adversus furem et malæ fidei possessorem utraque sit actio domino, et in rem, et in personam. Propter quam exceptionem, necesse habuit solum de re nostra dicere, et ante exceptionem præmittere definitionem consequentem superiori actionum discretioni, ut ex regula ad exceptionem perveniret.

II. Ait, *non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, si appareat eum dare oportere;* id est, non posse rem suam petere actione in personam, seu formula et intentione actioni in personam conveniente; fuit enim hæc

formula judicii et actionis in personam propria: Si paret illum dare, facere oportere: ut indicat §. *supra eod. infra de exc.* in pr. *et* §. *præterea.* Quæ oratio perfecta non est, desunt enim hæc verba *judex condemnato*, ut Theophilus hic scripsit. Ita ex formula actionis actionem ipsam intelligimus. Nam, quod inter eruditos jam constat, sic fuit olim mos judiciorum apud Romanos, ut prætores non solerent judicare ipsi, sed litigatores ad judicem quem darent remittere, et una ipsis judicem dare, id est formulam judicii, quam judex in judicando sequeretur; et simul ea formula judicem designabant. Fuit autem in actionibus in personam hæc judicii formula: Si paret Lucium Titium ex mutui caussa Sempronio decem dare oportere. Gallus Aquilius judex esto; Gallus Aquilius condemnato. Cujus moris testimonia diligenter collecta sunt a Duareno ad *L.* 7. §. 1. *D. de pact.* testis Theophilus hoc loco; exempla passim obvia apud Ciceronem in Verrem oratione quinta. Dicebant autem veteres: Si paret: et paret pro parebit, præsens pro futuro, ut est apud Nonium.

III. *Scilicet quia dari cuiquam id intelligitur quod ita datur, ut ejus fiat.* Id est, quia dare est dominium transferre, *L. ubi,* §. *ult. D. de verb. ob.* Quod sic intelligendum est, nisi ex adjuncto mutetur significatio, ut sit dare pro tradere: ut cum dicimus pignus datum pro tradito, *L.* 1. *C. de non. nu. pec.* dare rem pignori, commodato, et similia, ex similibus caussis ex quibus nequaquam dominium transfertur; quæ passim occurrent. Quod si nulla ejusmodi adjectio est quæ significationem tradendi habeat, ut cum simpliciter stipulamur rem dari, ibi valet quod de significatione verbi hic traditur, ut sit dare dominium rei transferre.

IV. *Nec res quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest,* quippe dominium unum est, Quare id quispiam adeptus, aliud non desiderat, ac nec potest, quia aliud nullum est. Sed nec magis res ejus fieri potest, nisi sit alius, qui dominium amplius transferat. Atqui si quis cœpit esse dominus rei, alius non est dominus; duo enim domini ejusdem rei in solidum esse non possunt, *L.* 5. §. *ult,* in fi. *D. commod.* Neque vero qui dominus non est, dominium transferre potuit, *L. trad tio, D. de acq. rer. dom. L. nemo plus, D. de reg. jur.*

V. *Plane odio furum.* Exceptio est superioris definitionis; interdum et rem nostram peti posse actione in personam, receptum hoc esse in re furtiva adversus furem. Id significat, cum ait rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneri, si appareat eos dare oportere; hoc enim perinde est, quasi dixisset, hac actione quæ in personam est, ex formula actionem indicans more veterum, qui, ex initiis aut actionum et maxime interdictorum, ipsas actiones et interdicta notare consueverunt. Unde actio Quod metus caussa, quia initium edicti his verbis: Quod metus caussa gestum erit, *L.* 1. *D. quod met. cau.* Actio Si certum petatur, pro condictione certi, ex primis verbis edicti, quo hæc condictio proponebatur, *L.* 1. *D. de cond. tri.* Sed hæc ex initiis edicti. Ex initiis formulæ et conceptionis, actiones designari solitas tot fere argumenta sunt, quot sunt interdicta, (nam et interdicta sunt actiones, *L. actionis, D. de obl. et act.*) Hinc illæ appellationes: interdictum Quorum bonorum, Quod legatorum, Unde vi, Uti possidetis, et similia: quia scilicet omnium superiorum interdictorum prima verba hæc erant. Cujus generis plane est hæc appellatio, cum nominatur actio Si paret illum dare oportere, ut sit actio in personam; quoniam initium veteris formulæ in hac actione, ejusmodi initium haberet, ut supra dixi.

VI. Jus ergo ita est, etiam rem nostram quæ nobis furto ablata est, repetere nos posse a fure, non solum actione in rem, sed etiam actione in personam, ut intendamus eam rem nobis dari oportere; quæ intentio est hujus actionis, *de interd.* in pr. *infra* §. 1. *supra eod.* Eum quidem cujus res furto sublata est, de re ipsa furtiva habere vindicationem, id est in rem actionem, ac propter hanc, etiam actionem ad exhibendum constat; sed habet una etiam et condictionem, id est actionem in personam, quam dixi, ut traditur in *L. si pro fure,* §. 1. *D. de condict. fur.* §. *ult. supra de obl. quæ ex del. et hic.* Sed huic condictioni et actioni in personam de re nostra furtiva duo videntur adversari, natura rei primum, deinde juris ratio. Natura rei hæc est, ut quoniam res nostra est, jam amplius nostra fieri non possit, eoque nec dari. At actione in personam hoc ipsum intendit actor, dari sibi oportere, §. 1. *supra eod.* Contra naturam igitur rei, ut isto modo agatur. Juris ratio facit ut nulla detur actio quæ sit supervacua et agenti inutilis. At hæc ejusmodi est; nam cui bono actionem in personam adversus furem dari, cum ad rem recuperandam in rem actio sufficiat? De quibus sit hoc responsum. Primum verum esse, non posse fieri omnino ut quod nostrum est, quatenus nostrum est, amplius nostrum fiat, ut supra ostendi. Sed cum res furtiva vere sit nostra, fingi debet odio

furum, in furem esse translata. Ita etiam fiet ut procedat intentio. Quod autem domino rei de re furtiva vindicatio competit, non ideo actionem in personam de eadem re adjici est inutile. Actio enim in personam adversus furem est plenior. Habet autem duas utilitates ad quas actio in rem non pervenit. Nam primum, si adversus furem condictionem dederimus, re amissa aut perempta quanvis casu, nullo dolo malo foris, nihilominus is perpetuo tenebitur condictione, ut et tenetur. Non enim potest obligatione, ac per obligationem actione in personam liberari re perempta, qui prius in ea re moram fecit; fur autem in re furtiva perpetuo moram facere intelligitur, *L. in re*, in pr. et §. 1. *L. ult. D. de cond. fur.* At non item tenetur vindicatione qui rem sine dolo malo possidere desiit, *L. qui petitoria, D. de rei vind.* Nam quod dicitur in *L. item si*, §. *ult. D. de rei vind.* si res possessa post moram possessoris perierit, quanvis sine dolo malo et alia culpa ejus, tamen possessorem teneri ut pretium præstet; nominatim de servo et alio animali petito scriptum est, id est de re petita quæ post litem contestatam periit. Itaest: etiam in vindicatione post litem contestatam mora possessoris perpetuat vindicationem, quia quovis judicio contrahitur, *L.* 3. §. *idem scribit, D. de pec.* ut proinde obligatio eo judicio contracta incipiat exinde ad regulam veterem pertinere. Culpa perpetuat obligationem, *L. si servum*, §. *sequitur, D. de verb. ob.* Lite autem nondum contestata, et nondum instituta vindicatione, quo tempore quæritur an adversus aliquem competat, sciamus hanc non competere adversus eum qui sine dolo malo possidere desiit, ut maxime ei possit objici culpa, quod rem aliquando non restituerit. Habet et condictio, seu actio in personam quæ rei persecutionem continet, hanc utilitatem, ut detur et ipsa in heredem; quod et in condictione furtiva receptum est, *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. fur.* Non sic in rem actio, quæ quoniam non datur nisi adversus eum qui possidet, aut dolo malo desiit possidere; ideo nec datur in heredem, nisi quatenus horum alterum in eo intervenerit: quæ res facit, ut jam non detur ut in heredem, sed ut adversus possessorem; nisi tamen possessor judicio conventus, post litem contestatam decesserit; quia et jam tunc obligatio contracta sit, ut dixi, in quam et heres succedit, *L. si in rem*, 51. *L. cum autem*, seq. *D. de rei vind.* In utilitate hujus actionis non recte ponemus, opinor, infamiam. Nam primum cessat infamia in condictionibus, quanvis ex famosis caussis prodeant, ut traditur in *L. cessat, D. de obl. et act.* Et quod dicitur in *L. non poterit, D. de fur.* fieri non posse ut furti damnatum non sequatur infamia, ad furti actionem pertinet, de qua cautum est edicto de infamibus, *L.* 1. *L. athletas* in fin. *L. furti, D. de his qui not. inf.* Hanc vero multum distare constat a condictione furtiva. Illa pœnam petit legitimam dupli aut quadrupli; hæc rem ipsam, ut est in *L. si pro fure*, §. 1. *D. de cond. fur.* Tum autem, ut forte condictio furtiva sit famosa (esto enim re ipsa et opinione hominum non effugiat infamiæ notam, ut Accursius scribit ex *L.* 2. *D. de obs. a lib.*) tamen ea res noceat fortasse furi; domino certe non prodest, ut cujus non intersit reum infamem haberi. Non nego dici posse odium furum in eo esse, ut ignominiosa actione teneantur. At ut magis teneantur hoc modo quod Justinianus scribit, non recte, ut arbitror, dicetur. Sed, sive hanc utilitatem condictionis haberi placet sive non haberi, illæ semper manent quas ante posui. Datur ergo et condictio, seu in personam actio, adversus furem utiliter etiam de re nostra, quamvis adversus eum de ea re vindicatio competat. Datur tamen præter naturam rei et regulam communem juris; ac propterea jure singulari, non communi.

VII. Idque odio furum, quo pluribus actionibus magis teneantur, ut hic scriptum est; ubi *magis teneri eos*, addita condictione sic intelligemus, non ut teneantur magis ob hanc solam caussam, quia plures hic actiones sint numero, sed quia vi et potestate hujus condictionis magis, id est fortius et efficacius teneantur, quam si sola esset vindicatio. Nam, ut numerum hic tantum spectemus, non ideo dici possit quis magis teneri; quia adversus eum plures sint de eadem re actiones. Sic enim sunt actiones istæ plures, ut non possit agi nisi una; et rum ex una reus solverit, confestim liberetur aut ipso jure aut per exceptionem, juxta regulam juris: bona fides non patitur ut bis idem exigatur, *L. bona fides non D. de reg. jur. L. qui servum*, in prin. et §. 1. *D. de obl. et act.* quod et in re furtiva innuitur in *L. si pro fure*, §. 1. *de cond. fur.*

VIII. De fure tantum hic scriptum est, teneri eum de re furtiva, non solum actione in rem per quam rem nostram petimus, sed etiam actione in personam qua intendimus nobis dari oportere. Sed intelligendum est, jus pertinere etiam ad alios malæ fidei possessores, non tantum mobilium re-

rum, sed etiam immobilium, ut traditur in *§. si tamen, Inst. de rer. di.* et *L.* 1. in fin. *L.* 2. *D. de cond. tri.* dum tamen in rebus immobilibus servetur distinctio *d. L.* 2. *de condict. trit.* ut, si quis fundi possessionem amiserit injuria, fundum ipsum condicere possit; si dominus, solam possessionem. Ut recte in universum dicturi simus neminem rem suam condicere posse, præterquam a fure aut malæ fidei possessore; quod et vulgo receptum est. Nam quod legitur in *L. ult. D. usuf. quemadm. caveat.* proditum esse neminem rem suam nisi furi condicere posse, aut de fure exempli caussa dictum est, aut ad speciem illic propositam referri debet; ut sit sensus, neminem rem suam talem qualis proponebatur, condicere posse nisi furi, id est rem mobilem; nam de mobili agebatur. Verum est autem neminem rem suam mobilem nisi furi condicere posse, quia qualis qualis sit possessor rei alienæ mobilis, si mala fide possidet, semper quia rem invito domino contrectat, furtum facit, *§. furtiva*, in fin. *supra de usuc.*

## APPELLAMUS.

## §. XV.

*Nomina actionum nota esse cui bono.* I.
*Actio in rem omnis, etiam de rebus alienis, vindicatio; ut omnis in personam, condictio.* II.
*Vindicandi verbum unde.* III.
*Vindicare quid, et cur in rem actio vindicatio.* IV.
*Condicere quid, et cur actio in personam condictio.* V.
*Dicere diem.* VI.
*Condictio et denunciatio vetus usurpata etiam in actionibus in rem; cur ergo proprie dicta de actionibus in personam?* VII.
*Condictio nunc abusive in rem actio, et cur.* VIII.

Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes; in personam vero actiones quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare prisca lingua; nunc vero abusive dicimus condictionem actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.

I. Hactenus, in superiore divisione actionum in rem et in personam, de re ipsa dixit quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus horum generum, ut, si quando nomina in legibus, constitutionibus, et aliis scriptis veterum occurrent ut passim, intelligamus quæ species ex superioribus nominentur, ad quas deinde et definitiones superiores et jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus autem*, inquit, *in rem actiones, vindicationes, in personam vero, condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *L. actionum*, *D.* de obl. et act. *Actionum duo genera sunt*, inquit, *in rem, quæ dicitur vindicatio; et in personam, quæ condictio appellatur.*

II. Generaliter hoc, et ad omnes species utriusque generis ex æquo pertinet. Ut enim omnis actio in personam dicitur condictio, sic et vindicatio omnis quæ in rem est, id est, non illa tantum qua rem nostram petimus, sed et omnes in rem prætoriæ quæ sunt de rebus alienis. Unde et vindicatio pignoris dicta hypothecaria actio qua pignus petimus, quia in rem est, *L. si fundus*, *§. in vindicatione*, *D. de pig.* Et hunc quidem usum juris esse in his appellationibus non dubitatur.

III. De ratione nominum dubitatur. Quid enim habet vindicationis aut condictionis verbum, quo aut vindicatione significetur actio in rem, aut condictione in personam actio? Neque hæc quæstio hic negligi debuit. Scimus enim etiam in jure, idque etiam Justiniani præceptum est, nomina rebus debere esse consequentia, *§. sed nos plenissimo, supra de donat.* Atque adeo ipse idem hoc loco, cur actio in personam diceretur condictio, rationem exposuit, sed eam quæ adhuc explicationis egeat; de vindicationis autem verbo nihil dixit. Dicam paucis ac primum de vindicando. Mitto verbi originem, ut remotiorem a memoria nostra, et de qua a veteribus nihil traditum legi-

mus. Quam tàmen si quis requirit, probabile admodum est quod Hotomanus noster sibi videri hic scripsit, vindico compositum verbum esse a vim et dico, ut vindicare sit vim dicere ac velut denunciare iis qui jus nostrum in re aliqua impediunt. Vim tamen legitimam, qualis olim usurpabatur jure in judiciis de rebus nostris, quam Cicero in oratione pro Cæcinna vocat quotidianam, A. Gellius festucariam. Sed quia et de hac ambigi potest, propter vindictæ verbum quo etiam significatur ultio, non urgebo quod est incertius, et ad id de quo nunc quæritur, non est necesse.

IV. Sumam de significatione id quod constat, vindicare rem aliquam esse rem asserere, ut vindicare in libertatem, asserere in libertatem, *L. bonis, D. de lib. cau.* Est autem asserere, id quod alicujus est, in quo tenendo is ab alio controversiam patitur, ad jus potestatemque ejus revocare; efficere, ut sicut proprie res alicujus est, ita ejus esse judicetur, eique eam sine cujusquam interpellatione liceat tenere. Idem valet et vindicare. Unde libertatis vindex, id est assertor, qui libertatem prope amissam in suum locum restituit; firmavitque Cicero in epistola ad Octavium: *repente extitisti tu vindex libertatis nostræ.* Idem lib. 3. de legibus: *tabellam sumat vindicem libertatis.* Et vindex pro defensore apud eundem in Topicis: *assiduo assiduus vindex esto*, id est locuples locupleti defensor esto: idipsum quod nostri dicunt, neminem defensorem alterius idoneum esse sine satisdatione, *L. qui proprio, §. qui alium. D. de proc.* Satisdat enim qui fidejussorem locupletem dat pro rei qualitate; qualis fidejussor hic exigitur, *D. in jus voc. ut eant, L. 2. D. qui sat. cog.* Atqui ejusmodi assertio est rei in actione in rem. Huc enim spectat qui agit, ut dominium rei suæ, aut jus possessionemve quam habet in re, sibi asserat, id est sibi constabliat et firmet; quod et, re restituta consequitur, eaque restitutio propria est hujus actionis. Unde merito qui ita agit, etiam sibi vindicare dicitur, et actio, vindicatio.

V. De condictionis verbo hic scribit Justinianus dictam conditionem a condicendo, quia condicere prisca lingua sit denuntiare. Sane non prisca lingua tantum, sed et postea latinis usitata, de iis quæ communi et mutua denuntiatione certi temporis et loci inter aliquos dicuntur statuunturque, ut fiant; ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui certo die ut adsit, et vice versa te adfuturum promittere. Sed quid hoc ad rem, ut propterea nominari debuerit actio in personam a condicendo et denuntiando? Quæ enim est ista denuntiatio a qua, tanquam actionis propria, actio designari potuerit? Explicat Theophilus. *Nam qui olim*, inquit, *cum aliquo litem habebat, denuntiabat ei ut hoc aut illo die ad judicium accipiendum aut litem persequendam adesset.* Ne defugiamus auctoritatem, eadem sententia Festus lib. 3. definit condictionem ex usu veterum: *condictio*, inquit, *est in diem certum ejus rei quæ agitur, denuntiatio.* Sed utrumque usque adhuc vel obscurius, vel incertius; nam neque unius denuntiatio significat conditionem, nec quomodo ea denuntiatio interveniret, aut quid ad judicium pertineret, satis intelligitur. Quantum ergo ex iis vestigiis quæ de more veterum in hac re in Pandectis nobis relicta sunt, persequendo consequi possumus, res huic verbo convenientissime ita transigebatur. Initium instituendæ actionis cujusque fuit ab ea parte, ut quis in jus utiliter vocaretur. *§. ult. infra de pœn. tem. lit.* Si quis in jus vocatus esset, nisi satisdaret se postea certo die judicio stiturum, cogebatur ire in jus, et quidem ita ut, nisi iret sponte, duci posset. *til. D. in jus voc. ut eant, vel satis vel cau. dent.* Satisdando efficiebat ut differretur itio in certum diem, in quem caveret reus se judicio stiturum. Itaque vocatio satisdanti in hunc diem erat. Eum diem actor dicebat, id est denuntiabat reo.

VI. Cum autem more fieret ut rei vocati fere semper satisdarent aut caverent judicio sistendi caussa, eveniebat ut initium instituendæ actionis proficisceretur ab hac diei dictione, quæ pro justa in jus vocatione cederet. Unde factum ut apud veteres toties legamus diem dicere alicui, pro denuntiare alicui diem quo ad judicium adsit, ut sit cum eo experiundi copia; et breviter pro litem intendere alicui, quia hinc nasceretur litis initium. Plautus in Captivis *act. 3. sce. 1.*

*Nunc barbarica lege certum est jus meum omne persequi.*
*Qui consilium iniere, quo nos victu et vita prohibeant,*
*His diem dicam, irrogabo mulctam, ut mihi cœnas decem*
*Meo arbitratu dent* . . . . . . . . . .

Idem in Asinaria *act. 5. sce. 1.*

*Putem ego, quem videam æque esse mæstum, ut quasi dies ei dicta sit?*

Sed ita hunc dicebat actor, ut simul reus

eundem diceret: ille denuntiando quo die vellet reum se sistere judicio; reus contra denuntiando se eo die adfuturum. Idque est quod legimus in *L. de die, D. Qui sat. cog.* de die ponenda in stipulatione (judicio sisti) solere inter litigatores convenire; si non conveniat, diem esse in potestate actoris, ut hunc reus sequi debeat, moderato tamen spatio de hoc a judice statuendo. Hinc ergo recte actio non dictio, quæ unius esset; sed condictio, quæ esset duorum, ubi scilicet ambo litigatores diem in commune dicerent, quo die sisterctur, et judicio agi inciperet; nam condicere valet simul dicere, ut et Festus ibidem interpretatur. Sed cum omnium actionum, etiam in rem, initium proficiscatur ab in jus vocando, *d. §. ult. infra de pœ. tem. lit*, eadem omnino necessitas veniendi etiam in actione in rem imposita fuit in jus vocato, nisi satisdedisset in certum diem se stiturum judicio.

VII. Ergo et in hoc genere actionis dicebatur condicebaturque is dies, quo die judicio ageretur; eoque et communis omnium actionum, tam in rem quam in personam, ista diei mutua denuntiatio atque condictio. Cur igitur hoc verbum dictum potius de actione in personam, quam de actione in rem, quod ex æquo ad utramque pertineret? Factum id est, more loquendi communi juris auctoribus maxime usitato, quo, duabus speciebus alicujus generis propositis, si uni tantum ex his certum et proprium nomen inditum sit, altera nomine tantum generis appellatur; non quia illi soli conveniat, sed quia non sit aliud ei relictum quo appelletur. Exempla notissima in verbo adoptionis, cognitionis, actionis; quæ cum origine et vi sua generalia sint, tamen cum ad species ventum est, usu loquendi facta sunt propria unius speciei, unicuique generi subjectæ; nempe ejus quæ hic carebat alio nomine, dum altera certo et speciali nomine appellatur. Dicitur enim adoptio ea quæ fit apud magistratum; quæ autem per principem, arrogatio, cum tamen et hæc verbo generis sit adoptio, *L. 1. L. 2. D. de adop.* Sic et cognati distinguuntur ab agnatis ut diversæ species, cum generaliter omnes sint cognati, *L. Jurisconsultus §. 1. D. de gra. et aff.* Sic et actio a petitione, cum tamen et petitio sit actio, cum generaliter loqui volumus, *L pecuniæ, §. actionis D. de ver. sig.* Idemque in aliis innumeris observari potest. *Nunc*, inquit Justinianus, *nulla eo nomine denuntiatio fit*, intellige nulla ejusmodi, qualem supra ostendimus. Alioqui etiam nunc in jus vocatio est. Quisquis autem vocat in jus, is reo denuntiat ut in jus veniat. Itaque etiam nunc a denuntiatione inhoatur actio, sed non ejusmodi qualem significat condicere, de quo verbo nunc agitur. Proinde ne nunc quidem ulla est condictio superior, cum scilicet utrimque a litigatoribus dies dicitur, in quem se sistant judicio juris experiundi caussa. Hoc ideo quod, constitutionibus posterioribus dies quo judicio sisti debet, non est in potestate actoris, ut hunc ille possit reo dicere, sed lege dies constituitur. Sunt ex Novella Justiniani in hanc rem viginti dies constituti, quos etiam ante tempora Justiniani fuisse credibile est, *Auth. offeratur, C. de lit. cont.*

VII. Quia autem nulla nunc est ejusmodi condictio qualis olim, ideo ait Justinianus nunc abusive actionem in personam dici condictionem. Recte abusive, quia non est in re quod significatur verbo. Sed abusus hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, a qua proficisceretur. Re sublata, mansit nomen quod initio actioni fuerat, ut et aliis rebus plerisque, quarum appellationibus priscis utimur, exoleto tamen usu rei. Exemplo est hodie bonorum possessio contra tabulas et secundum tabulas, sic dicta quia primo veteres usi sunt tabulis in scribendo; quibus tamen, cum jam olim scribi desitum esset, nihilominus postea nomen vetus retinuerunt, *L. 1. D. de bon. poss. sec. tab.*

## SEQUENS, ET SEQQ. §§. USQUE AD §. QUÆDAM.

### §. XVI.

*Sequens hic secunda, et cur.* I.
*Ordo rectus hujus divisionis.* II.
*Usus hujus divisionis.* III. VII.
*Res quid, et quid pœna in hac divisione, et quam recta divisio.* IV.
*Rei persecutio quid, et quibus in rebus versetur.* V.
*Pœnæ persecutio quid.* VI.
*Rei persecutoriæ actiones cur perpetuæ et in heredes; pœnæ persecutoriæ contra.* VII.
*Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.* VIII.
*Actiones ex contractu rei persecutoriæ, duabus exceptis quæ sunt mixtæ.* IX.
*Ex maleficiis actiones omnes pœnales, duabus exceptis.* X.
*Ex pœnalibus maleficiorum, quæ mixtæ.* XI.
*Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutoriæ, una excepta quæ mixta est.* XII.
*Ex quasi maleficio actiones pœnales, et quatenus.* XIII.

Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt. Rei persequendæ caussa comparatæ, sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem quæ ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendæ caussa comparatæ videntur; veluti quibus mutuam pecuniam vel in stipulatum deductam petit actor, item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto vendito, locato conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit; si modo cum ipso apud quem depositum sit, aut cum herede ejus de dolo ipsius agitur, quo casu mixta est actio. Ex maleficiis vero proditæ actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ caussa comparatæ sunt; aliæ tam pœnæ, quam rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti; sive enim manifesti agatur, quadrupli; sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur; nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est suam esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei. Vi autem bonorum raptorum actio, mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur; pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damno injuria dato, mixta est; non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agat, veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit; tanti enim damnatur quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos qui relicta sacrosanctis ecclesiis vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine, dare distulerint usque adeo, ut etiam in judicium vocarentur; tunc enim et ipsam rem vel pecuniam quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro pœna; et ideo in duplum ejus fit condemnatio.

I. *Sequens illa divisio est.* Sequentem vocat, quæ proxime præcedentem sequitur. At quæ fuerit illa præcedens videamus. Nempe ea qua dividitur actio in duo genera; in rem, quæ dicitur vindicatio; et in personam, quæ condictio appellatur: in hæc enim genera eorumque generum appellationes proxime desiit in §. *sic itaque*, et §. *appellamus*. Atque ea prima fuit divisio quam sibi proposuit hoc titulo tractandam, ut ipse testatur in §. 1. et eadem una, in qua ad eos usque §. §. aperte perseveravit. Non dubium igitur quin hæc sequens, ut primam et eam unam sequitur, ita ordine sit secunda ex illis quatuor quas hoc titulo ad rectam actionis institutionem tractari diximus. Eo Theophilus sequentem hic recte est interpretatus δευτέραν non quod sequens simpliciter significet secundum, sed quia sequentem a prima cum dicimus, non obscure ex adjuncto secunda intelligatur.

II. Vocat autem Justinianus sequentem, non quam ipse sequentem facit; quid enim si pervertat justum ordinem? sed quæ re ipsa talis est, id est quæ recto ordine sequitur præcedentem. Et vero divisio est ejusmodi. Cum enim constiterit, quod primum est in actione instituenda, quis cum quo re-tendat, quod superior divisio docet: proximum est ut quæratur quid peti oporteat, quod sequens hæc divisio ostendit.

III. Estque hic præcipuus usus hujus divisionis, certe hujus tituli proprius, non tamen solus. Valet enim divisio et ad dignoscenda tempora intra quæ actiones quæque competant, et ad statuendum de heredibus, quæ in hos dentur actiones, quæ non dentur. Siquidem de his ita jus traditum est, quæ actiones rei persecutionem continent, eas hactenus esse perpetuas; quæ autem pœnæ persecutionem, intra annum dari, exceptis quibusdam et his paucis, *L. in honorariis, D. de obl. et act. tit. de perp. et temp. act. infra;* eademque ex regula illas quidem dari in heredes, has autem minime, §. 1. *infra de perp. et temp. act. d. L. in honorariis, L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. fur.* Unde utroque loco quæri oportet quæ actiones rei persecutionem contineant, quæ pœnæ persecutionem; quod in hac divisione explicatur. Ita fit ut hæc divisio triplicem hunc usum præbeat in actione recte instituenda, ut scilicet norimus et quid petere liceat, et intra quæ tempora, et num etiam adversus hæredes. Sed ex his quid peti possit, divisio recta ostendit: illa autem duo, intra quæ tempora et num ab heredibus, non nisi per consequentiam. Prius enim id sumendum ex eo jure quod ante retulimus, de iis actionibus quæ rei aut pœnæ habent persecutionem: ad cujus interpretationem sequitur ut quærendum sit quæ sint eæ quæ rei aut pœnæ persecutionem habere dicuntur. Ideo hoc loco divisio est exposita, in quo quærebatur quid quaque actione peteretur; quod ostendere proprium fuit ejus divisionis. Illa autem duo posteriora, quia ad aliam quæstionem et aliud jus pertinebant, in suum tempus dilata, et tractata proprio et distincto titulo, *infra de perp. et temp. act.* Divisio hæc est, quasdam actiones rei persequendæ gratia comparatas esse, quasdam pœnæ persequendæ, quasdam utriusque gratia et rei et pœnæ, atque hinc esse mixtas. Qua divisione posita, quæ et quales sint hæ actiones quæritur. In quo naturæ ordo hoc postulat, primum ut norimus quid hic vocemus rei persecutionem, quid pœnæ; tum deinde quæ actiones horum alterutrum, aut utrumque contineant. Posterius hic exposuit Justinianus, prius omisit, sed tamen ad potestatem harum actionum ita necessarium, ut nihil prosit nosse quæ habeant rei persecutionem, quæ pœnæ, nisi constiterit quid horum appellatione contineatur; ut sciamus quid sit quod sub ista appellatione liceat nobis petere, et cur hæ aut illæ dicantur horum alterutrum continere.

IV. Res non haberet dubitationem, si hic de nota significatione verborum ageretur. Nunc autem ex hac ipsa re incidit divisio in obscuritatem, atque adeo in reprehensionem. Nam si usitatam verborum significationem sequimur, aperte vitiosa est divisio; si non sequimur, vel hoc ipsum vitiosum, quod his verbis cogimur intelligere eas res quæ verbis non exprimuntur. Primum, distinguuntur hic res et pœna ita, ut unum non sit alterum, ut fit in membris divisionis cujusque. Atqui rei verbum significat omne id quod est, et tam ea quæ sunt extra patrimonium, quam quæ in patrimonio, continet, *L. rei appellatio, D. de verb. signif.* Itaque non omnis res est pœna; at certe omnis pœna quæ nobis debetur et petitur, est res quæ debetur et petitur; ut, si qua actio pœnæ persecutionem continet, vere dicturi simus, et ex verbi significatione, hanc continere rei persecutionem. An non igitur vitiose distinguuntur ista? aut, cedo, quid hic verbo rei sine vitio significetur. Illud etiam parum liquet in verbo pœnæ. Quæcunque enim pecuniæ præstatio injungitur, alterius coercendi caussa si quid fecerit, constat in usu juris dici pœnam, sive hæc irrogatur lege, ut pœna furti, *L. si pro fure*, §. 1. *D.*

*de condict. furtiv.* sive imponitur testamento heredi, §. *ult. Inst. de leg.* sive pactione contrahentium constituitur, §. *ult. Inst. de ver. ob.* Atqui nulla aetio quæ persequitur pœnam conventionalem, dicitur hic pœnæ persecutionem continere, sed rei, ut exempla actionum in personam probant. Dicet aliquis, pœnæ verbo hic significari tantum pœnam legitimam, seu lege sola constitutam. Sane ita est; sed quæro quam recte et quam ex significatione verbi, cum nihilominus et conventionalis, et cæteræ quas dixi, sint pœnæ. Hæc sunt igitur quæ puto in his verbis explicanda, quo et res intelligatur, et divisio atque appellatio veterum suam defensionem obtineat. Et quod ad distinctionem generum attinet; si quidem generalem significationem rei accipimus, fatendum est non recte ista genera distingui, cum ex hoc sensu pœna sit res, eoque et quæ actiones pœnæ persecutionem habent, eædem recte dicantur habere rei persecutionem. Hoc amplius et illud fatendum, rei nomen, cum simpliciter ponitur, istam significationem habere. At, si addantur pronomina hæc possessiva, mea, tua, nostra, ut dicatur res mea, tua nostra; hic adjunctum significationem mutat, et ex generali facit specialem, ostenditque hic rem dici rem ad patrimonium nostrum pertinentem. Atqui hæc rei significatio est in hac divisione, intelligiturque ex eo, quod nominatur actio quæ continet rei persecutionem, id est persecutionem qua quis rem persequitur. Ut enim in hac oratione nihil exprimatur aliud, tamen superiora ista pronomina, usu loquendi latinorum, intelliguntur accommodata ad personam ejus de qua fit fermo. Quod multis ostendit Valla in similibus orationibus *Lib. 4. Eleg. Cap. 1. quale est*, inquit, *cum dicimus, vendidi patrimonium, suppletur meum; collocasti filiam, suppletur tuam; publicavit opus, suppletur suum.* Ex quo usu et hæc divisio ita accipienda est ut, cum dicitur actio rei persecutionem continere, intelligi debeat rei meæ, tuæ, nostræ, prout erit persona, de quo loquitur. Idque ita veteres accepisse indicat definitio ab his de hoc genere tradita.

V. Definiunt enim actiones rei persecutionem continere, eas quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, *L. in honorariis, D. de obl. et act.* Quod si ita est, pœnæ persecutionem continere intelligemus, eas quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest. Quæ jam membra divisionis contraria sunt, eoque optime distincta; atque hactenus recta divisio. Quod attinet ad verbum pœnæ; cum pœnæ persecutio rei persecutioni hic opponatur, ex adjuncto intelligimus eam pœnam quæ ita sit pœna, ut in ea non insit rei persecutio; scilicet ut quantum rei persecutionis actio continebit, tantum pœnæ significationi detrahatur. Relinquitur igitur jam hoc solum, ut videamus quid contineatur appellatione ejus quod nobis ex patrimonio abest; quo cognito, utrumque genus erit cognitum. Et ex patrimonio abesse hic dicuntur hæc quatuor: Primum, quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur: Proximum, quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est: Tertium, quod nobis (1) debetur ex contractu. Cum enim id ex conventione nostrum esse debuerit, et tamen id crediderimus debitori, videtur quodammodo voluntate nostra exemptum de nostro, et translatum in eum cui de eo fidem habemus: Quartum, quodcunque ejus quod nobis abest, æstimationem continet; qualis est æstimatio quæ fit ex jurejurando in litem, *L. 1. L. tutor, D. de in lit. jur.* qualis pœna conventione promissa, nam et hæc caveri solet loco ejus quod interest, §. *ult. Inst. de verb. obl. L. ult. D. de præt. stip.* Ergo quæcunque sunt actiones quibus horum quid persequimur, eas dicimus rei persecutionem continere, idque ipsum subjecta genera declarant.

VI. Unde rursum ex contrario intelligi oportet eas dici (2) pœnæ persecutionem continere, quæ alicujus rei ex superioribus persecutionem non continent; proinde et pœnæ significationem hic contrahi ad eam

(1) Etsi enim id in patrimonio nostro nunquam fuit, tamen quia ex conventione in eo esse debuerat, et debitoris culpa ad nos non pervenit, latius id quoque abesse dicitur, Gifan. ad *L.* 35. *de O. et A. n.* 7. eodem modo quo id quod debetur nostrum dicitur, ut *Lib.* 12. *Civil. Commentarior. Cap.* 1. *n.* 2.

(2) Recte. Et convenit Gifan *d. n.* 7. ac Vult. *in §. sequens* 16 *I. de act n.* 9. Harpr. *ibid n.* 4. *et seqq.* quia pœna intelligitur legitima, legibus et jure definita. Conventionalis autem pœna magis est in rebus quam extra res; nec, ad illam collata, pro pœna habetur. (Dissentit Coras. *in d.* §. 16. *n.* 2.) Sic etsi quandoque actione redhibitoria in duplum agitur, nec mixta tamen illa est, contra quam Accursius vult. Nam duplum id non ut pœna petitur, sed quia in iis contractibus duplum repromitti solet. Fac. *L.* 33. §. 4. verb. *videantur* de ædil. ed. Cujac. *in d.* §. 16.

pœnam quæ sic petatur, ut non præstetur loco aut nomine ejus quod nobis abest de nostro, sed extra id omne, tantum coercendi ejus caussa a quo petitur. Quæ pœna eum constituatur tantum lege, nempe huc res redit, ut pœna hic intelligatur legitima, non conventionalis, aut quæ officio imponatur.

VII. Quibus definitionibus recte convenit quod placet, eas quæ dicuntur isto modo rei persecutionem continere, esse perpetuas et dari in heredem; quia nihil habent in quo non debeant sequi regulam juris de perpetuis et hereditariis actionibus. In contraria caussa esse eas actiones quæ dicuntur continere pœnæ persecutionem, quia nulla fiat injuria actori, si non dentur perpetuo; et si de heredibus quæritur, æquum sit heredes pœna legitima non teneri, ubi scilicet pœna ex delicto defuncti nascitur, et delictum non attingit heredes. Eadem definitione istorum generum posita, hac divisione admonemur, non omnes actiones esse de eo quod nobis abest; sed et quibusdam factis pœnas pecuniarias jure civili esse constitutas, quæ non cedant fisco, sed privatis debeantur; unde et earum persecutio sit privata.

VIII. Usu et significatione divisionis cognita, deinceps quæ actiones sint alterutrius generis, aut mixtæ videamus. Id etsi, proposita unaquaque actione qualis jure constituta est, non admodum difficile est judicare, adhibita superiore definitione; tamen ne quis sit error, utilius visum est in singulis generibus actionum indicare nominatim quæ sint hujus aut illius generis, de quibus nunc agitur. Quod et Justinianus hic secutus est, ista indicatione sola contentus. Meminisse ergo oportet omnes actiones aut in rem esse, aut in personam; et in personam, aut ex contractu vel quasi contractu, aut ex maleficio vel quasi maleficio. De singulis sic habendum: Omnes in rem actiones rei persequendæ caussa comparatæ sunt. Hoc ille ita definit in §. *rei persequendæ*. Quippe his rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem persequimur, id est, quod nobis abest ex patrimonio. Juratur quidem in his ob contumaciam non restituentis in litem, *L. qui restituere, D. de rei vind. L. in actionibus, D. de in lit. jur*, atque hoc jurejurando contumacia pœna afficitur, cum æstimetur res ab actore etiam ultra rei pretium, *L. 1. L. tutor, D. de in lit. jur.* Sed non ideo hæ actiones, etiam tum maxime cum in his juratur in litem, pœnæ persecutionem continere, seu pœnæ persequendæ caussa comparatæ esse esse dicendæ sunt. Nam hæc ipsa pœna nihil nisi ejus quod actori abest, æstimatio est; ut in hac intelligatur id ipsum quod abest, contineri. Non illa quidem æstimatio, qua res omnibus vulgo tanti sit; sed æstimatio tamen quam actor dicit rei suæ, cujus rationem haberi æquum est; cum non sit æquum quemquam cogi invitum suo pretio res suas vendere, *d. L. tutor, D. de in lit. jur. L. non est, D. rer. amotar.* Ita reo contumaci (3) pœna hæc est, actori rei suæ persecutio. At enim hoc modo actor supra quam ei abest, consequi videtur. Plane, si justum pretium hic spectatur; cum sæpe ex contumacia æstimetur res ultra id pretium, *d. L. 1. de in lit. jur.* At non ultra id quod ei abest, si spectatur id pretium quo rem æstimat; quod sane arbitrio potius domini statui æquissimum est, *d. L. tutor, de in lit. jur.* verumque est illud Javoleni ex *L. libertus, 36. D. de bon. lib.* absurdum esse jus cujusque aliorum computatione, non judicio ipsius domini æstimari. Tum autem, ut pretium hic esse fateamur; tamen pœna est, quæ ex contumacia non restituentis nascitur, idque officio judicis, non ea quæ petatur actione; nam actione in rem nihil amplius, quam res nostra quæ ab alio possidetur, petitur, *L. actionum, D. de obl. et act.*

IX. Actiones in personam ex contractu omnes item rei persecutionem continent, duabus exceptis: depositi, et redhibitoria. Depositi, si quid depositum sit incendii, tumultus, ruinæ, naufragii caussa, actio in duplum, sive eum eo apud quem depositum est, sive cum herede ejus de dolo eorum in re deposita agatur, *d. §. rei persequendæ, hic. L. 1. §. 1. D. depos.* Redhibitoria et ipsa in duplum, adversus eum qui redhibenti morbosum mancipium pretium non reddit, et cætera quæ ex hac caussa reddi oportet; diserte hoc traditum in *L. redhibitoria, D. de ædi. ed.* Cui non adversatur quod quidam objiciunt, quod neque duplæ petitio, neque actio quanti minoris ...

(3) Et hæc pœna qua afficitur is contra quem in litem juratur, *L. 1. de in lit. jur.* non tam nascitur ex delicto quam ex damno alteri illato. Nec illa condemnatio ultra rem ejusve æstimationem est ex ipsius actionis natura, sed ex jusjurandi delatione, quod et omitti ac non deferri potuit. Fopp. ab Æzema 1. *Dissert.* 19. Sed et pœnalis actio alia ab ea quæ pœnæ nomine dari aut concipi dicitur, ut *L. 9. §. ult. de Reb. auct. jud. poss. L. ult. §. 1. Quæ in fr. cred.* quæ nihilominus rei persecutoria mera, quia actor nil præter rem consequitur, etsi puniat factum rei, *L. 9. Quod fals. tut. auct.* vid. Cujac. 24. *Obser.* 17.

noris pœnæ persequendæ nomine instituuntur. Nihil enim cum his commune habet redhibitoria. Utraque superior mixta est, in duplo, et id quod abest, et ultra id, alterius tanti pœnam continens, *d.* §. *rei*, in fi. *hic. d. L. redhibitoria, de ædil. ed.*

X. Ex maleficiis actiones quæ sunt aut ex furto, aut vi bonorum raptorum, aut damno injuria dato, aut injuria, omnes persecutionem pœnæ habent; aliæ quidem solius pœnæ, aliæ autem pœnæ et rei, omnes tamen pœnæ persecutionem; ut proinde omnes sint pœnales, ut declaratur in §. *ex maleficiis*, et §. *vi autem*. Excipiendæ sunt duæ, actio rerum amotarum, et condictio furtiva. Actionem rerum amotarum ex delicto esse cum res ipsa docet, tum vero scriptum est in *L. si mulier*, §. *pen. D. rer. am.* At ibidem traditur hanc ipsam actionem rei persecutionem continere. Condictio quoque furtiva, cum sit ex furto, id est maleficio, rei tamen habet persecutionem, *L. si pro fure*, §. *ult. D. de cond. furt.* Idque actionum persecutio, in utraque satis indicat; persequuntur enim ambæ id, quod de nostro nobis ablatum est, id est quod nobis abest ex patrimonio. Quam ob caussam, has quoque actiones et perpetuas esse et in heredem dari iisdem locis traditur.

XI. Quæ ex his pœnalibus mixtæ sint ita intelligemus, si scierimus quæ sint, dumtaxat pœnales; sunt autem hujusmodi duæ, furti, et injuriarum. De actione furti est in §. *ex maleficiis, hic* et in *L. si pro fure*, §. 1. *de cond. fur.* De actione injuriarum in §. *pœna supra de injur.* Cæteræ ergo mixtæ, quæ sunt ex maleficiis, quod copiosius explicatur in *d.* §. *ex maleficiis*, et §. seq.

XII. Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote persequentes quod nobis abest, ut licebit intelligere ex iis generibus harum actionum, quæ exponuntur supra de *obl. quæ ex quas. contr.* Una actio excipitur ex hoc genere in §. *vi autem*, vers. *item mixta, hic*; nempe actio ejus legati et fideicommissi nomine, quod relictum est ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis; actio in duplum constituta a Justiniano adversus eos qui legatum restituere differunt eo usque, donec in jus vocati sint. Et hæc mixta est, persequens partim quod abest legatum, partim alterum tantum, in quo est legis pœna.

XIII. Actiones in personam ex quasi maleficio, omnes pœnales esse, et quatenus pœnales, intelligi potest ex his quæ de hoc genere tradita sunt supra *tit. de obl. quæ ex quasi. del.*

## QUÆDAM ACTIONES.

### §. XVII.



Quædam actiones mixtam caussam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam; qualis est familiæ erciscundæ actio quæ competit coheredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo quæ inter eos redditur inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio qua inter eos agitur qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici rem alicui ex litigatoribus ex bono et æquo adjudicare; et si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.

I. Quia proxime dixerat de actionibus mixtis; per occasionem et alias tres subjicit, quas et ipsas mixtas videri ait, sed quæ longe dissimili in re et genere versentur. Nam ante de iis mixtis dictum est, quæ conjunctim rei et pœnæ persecutionem habent. Quæ autem subjiciuntur, dicuntur mixtam causam habere non ab his rebus duabus permixtis, sunt enim omnes rei solum persecutoriæ; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam, ut initio explicatur. Ex quo apparet hanc connexionem esse in verbis magis quam in re. Fatendum est rectius facturum fuisse Justinianum, si has species primæ divisioni propositæ continenter subjecisset. Sive enim hic proponi placet tertium quoddam genus earum actionum quæ sint tam in rem, quam in personam; non alio loco subjici debuit, quam ubi de prioribus duobus, uno in rem, altero in personam agebatur; sive volumus has actiones esse in personam tantum, aut in rem tantum, sed tamen de iis dubitari potuisse an mixtæ essent; ne hæc quidem dubitatio alio loco tractari et removeri debuit, quam cum primam illam divisionem ad quam hæc quæstio pertinebat, exposuisset, ut factum supra videmus de actionibus præjudicialibus. Sed de re videamus.

II. Proponuntur hic tres actiones, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Dicuntur mixtam caussam obtinere videri tam in rem, quam in personam. Et ut possit intelligi ita esse, inter quos et cui rei competant, hoc loco breviter indicatur; sed brevius quam pro natura et potestate singularum. Ideo paulo explicatius vis et potestas singularum attingenda est: sed eo magis, quod definitiones de singulis hic traditæ sunt, continentes ad quid unaquæque competat, quas facile est sic accipi, quasi ad eas res tantum hæ actiones competant. Quod cum aliter se habeat, vel hoc ipsum ad hunc locum pertinet moneri nos, non ita eas definitiones accipi debere, et simul ostendere quid amplius singularum natura contineat. Huc accedit quod, nisi altera pars qua constant hæ actiones cognita fuerit, nunquam illud intelligetur, quale sit quod dicitur has actiones esse in personam. Et quoniam ex natura cujusque pendet ut norimus sint ne in rem an in personam, an utrumque; prius quid contineant consideremus. Familiæ erciscundæ actio competit coheredibus de dividenda hereditate, ut hic scriptum est. Et hoc est, agit hoc judicio heres adversus coheredes suos ut a communione hereditatis discedatur, sive ut inter eos dividantur res hereditariæ prius indivisæ, *L.* 1. *D. fa. erc.* Hinc nomen familiæ erciscundæ, id est hereditatis dividendæ. Nam familia hic hereditatem significat, ut in lege duodecim tabularum his verbis: *Agnatus proximus familiam ha-*

*beto*, *L. pronuntiatio*, §. 1. *D. de verb. sig. Erciscere* autem verbum antiquum est quo eadem lex duodecim tabularum utebatur pro dividere. Persequitur et continet hoc judicium res duas, rerum hereditariarum divisionem et præstationes quasdam personales, eas videlicet quibus heres heredi propter communionem rerum est obnoxius. Et ut loquitur Ulpianus, familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales, *L. item Labeo*, §. *pen. D. fam. ercisc.* Rerum divisio qualis sit, quæ in hac divisione adjudicatio, item quæ mutua condemnatio, quarum rerum hic mentio fit in extremo, declaratur in §. *si familiæ, infra de off. jud.*

III. Præstationes autem personales quas diximus, tres sunt. Inducuntur enim aut lucri, aut damni, aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderint. *Lucri*, ut si quid ad aliquem heredem pervenit ex re communi, id cæteris heredibus communicet. *Damni*, ut si quid damni in rebus hereditariis datum factumve est culpa alicujus heredis, id cæteris pro portione cujusque sarciat. *Impensarum*, ut si quæ in res hereditarias ab uno herede factæ sint, quas propter partem suam necesse habuerit facere, ei præstentur a coheredibus. Comprehensa sunt hæc genera diserte in judicio communi dividundo in *L.* 3. *D. com. divi.* Unde intelligi debet etiam ad hoc judicium pertinere. Hereditatis enim divisione remota, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *L. si quis putans*, §. *in officio*, *D. com. divi.* Indicantur eadem genera præstationum in *L. prætor*, in pr. *D. de reb. auct. jud. pos.* in communne autem in omnibus rebus communibus in *L. quibus*, 34. juncta *L. ut sit*, 31. *D. pro soc.*

IV. Communi dividundo judicium redditur inter eos, inter quos res una vel plures communes sunt, dummodo plures istæ sint singulæ, ut a communione earum discedatur; nec interest, ex societate communes sint, an sine societate, *L.* 1. *L.* 2. *D. com. divi.* Judicium ut fine eodem, ita iisdem rebus constat quibus superius, rerum communium divisione, et præstationibus iisdem personalibus, *d. L.* 3. *D. com. divi.* Hinc in divisione rerum idem servatur, cum de earum adjudicatione, tum de condemnatione mutua, ut est in extremo hujus §. quod pluribus declaratur in §. *eadem infra de off. jud.*

V. Finium regundorum judicium est, inquit Justinianus, quo inter eos agitur qui confines agros habent; addendum est, ut fines regantur, unde nomen finium regundorum; id est, ut fines ad suam normam et certitudinem dirigantur, et quod intra justos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituatur, *L.* 4. §. *ult. L. si irruptione*, in pr. et § 1. *D. fi. reg.* Sed etsi fines recte dirimi non possunt, vel propter inæqualitatem loci, vel propter veterum finium incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu, quia necesse est ex unius agro partem aliquam alterius agri domino adjici et detrahi; ideo res transigitur adjudicatione, et condemnatione, §. *si finium, infra de off. jud.* Quid autem hic judicem sequi oporteat, explicatur fusius in *L.* 2. §. *ult. L.* 3. *L.* 4. in pr. *fi. reg.*

VI. His de natura et potestate harum actionum breviter, ut pro loco, cognitis, jam facilius poterit intelligi quid sit quod de his initio proponit Justinianus. Ait ergo has actiones mixtam caussam obtinere videri, sed addit tam in rem, quam in personam. Ex quo intelligimus hæc judicia non eodem sensu hic dici mixta, quo dicuntur duplicia. Nam et duplicia alibi vocantur, sed hoc sensu, quod in his uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet et rei, *L. in tribus, D. de jud. L.* 2. §. *ult. D. com div.* Et recte. Nam cum judicia sint de dividendis rebus, evenit ut uterque partem a socio petat, et vicissim ab eo petatur; ut illa parte actor sit, hac reus. Quæ res facit ut hactenus quoque sint mixta.

VII. At nunc mixta dici apparet ex eo, quod tam videantur in rem, quam in personam. In rem ideo, quia in his socii de re sua agunt, puta parte sua, ut sic in rem hactenus agere videantur; cum in rem actiones sint, quibus rem nostram petimus. In personam, citra controversiam, ideo, quod a sociis ea petimus quæ supra diximus esse in personalibus præstationibus. Hæc enim petuntur ab eo qui sit ad eas, res propter rationem communionis, obligatus; de quo genere obligationis est in §. *item si supra de obl. quæ ex quas. con. nas.* Adversus obligatum autem actio in personam, *L. actionum, D. de ob. et act.*

VIII. Sed notandum est diligenter dici has actiones, non mixtam caussam obtinere tam in rem quam personam, sed obtinere videri. Re vera enim in personam sunt omnino, in rem non sunt; ne forte, cum initio dividuntur actiones in duo genera, in rem et in personam, putemus ei divisioni aliquid deesse, et hoc loco induci tertium quoddam genus mixtarum actionum. Duo sunt illa tantum tradita a veteribus,

*L. actionum. D. de obl. et act.* Neque hæ actiones refragantur; sunt enim in personam dumtaxat, ut dixi in ejus divisionis explicatione ad §. 1. *supra eod.* in rem (1)

(1) Consentit Coras. *ad Rub. D. de reb. cred. n.* 2. *et* 3. *et in* §. 1. *I. de act. n.* 3. Vult. *in d.* §. 20. ipsi 18. *I. h. t. n.* 2. quia familiæ erciscundæ et communi dividundo dantur ex quasi contractu, nec contra quosvis possessores, sed coheredes, et quibus res est communis. De actione vero finium regundorum idem probat ex *d. L. Fin. reg.* ideoque Justiniano, ut vocula *videntur*, quia licet non sint, videantur tamen, non ob caussam ex qua dantur, sed ob effectus nonnullos. Et A. Fab. 20. *Conject.* 10. quia, inquit, alias divisio *d.* §. 1. manca esset, quam tamen perfectum vel subjectum dilemma arguit. Itemque alio probari potest, quia, aut intendimus eum quem lite pulsamus, dare, facere aliquid oportere, aut non intendimus; quæ contradictoria sunt. Equidem, subdit, mixtarum nomen non inauditum JCtis *L.* 37. §. 1. *h. t.* Verum non hoc sensu quod partim in rem sint, etc. sed alio, in quibus nempe uterque actor et reus; duplicia judicia, ejusmodi non hæ solum actiones quæ *d.* §. 20. Sed et quædam interdicta, *d. L.* 37. §. 1. *L.* 2. *pr. de interd.* Atque hoc ipso modo in *d.* §. 20. Verba *mixtam caussam obtinere* exponit Faber, illis *tam in rem quam personam* ceu interpretis glossemate, resecatis. Sic congruere putat, quæ sequuntur in vers. *in quibus*; reddi nempe illis rationem cur uterque actor et reus sint, quia ex qua parte fit uni adjudicatio, ex ea actor; ex qua vero alteri, condemnatur reus. Ex *neutra* vero parte, naturam actionum realium sapere ait, quia in his non acquiritur dominium, sed declaratur. In tribus vero illis judiciis, res post adjudicationem plene fit alicujus, quæ antea quoque erat alterius. Male ergo qui ex verbo *adjudicandi* participationem actionis realis inferunt. Ita Faber. Cujus correctionis temeritatem vel Theophili *Institutiones* redarguunt, qui in *d.* §. 20. diserte actiones has actionis in rem et in personam naturam in se continere scribit. Quod et exemplo in actionibus Familiæ erciscundæ declarat. Et tertium hoc genus non temere agnoscunt Cujac. *in par.* C. *Fam. ercisc.* Wes. *in Par. D. Fin. reg. n.* 6. *et Fam. erc. n.* 2. Zas. et Hot. ad *L. d.* §. 20. idem Zas. 2. *Sing.* Resp. 33. Bron. 2. *Ass.* 10. Thadæ. Piso Soac. *in* §. 1. *I. de act. n.* 6. Cagnol. *in Rub. D. si cert. pet. n.* 57. *et seqq.* Gilan. *ad L.* 37. *de O. et A. n.* 15. Zang. *de Except. P.* 2. *Cap.* 1. *n.* 193. Val. Guil. F... *Tract. Justin. pag.* 2. *Disp.* 1. *Th. lit. C. et* 2. *Obs. succis.* 4. Ac magis est origine sane et essentia has actiones in personam esse; fine vero et effectu, quasdam ex natura actionum in rem participare. Constantque rebus et præstationibus quæ sunt personales actiones, ut Ulpianus in *L.* 22. §. *pen. Fam. erc. L.* 4. §. 3. *comm. div.* Et tam in rem directæ sunt, quæ dividi petitur, Wes. *d. n.* 2. quatenus scilicet respectu personalium præstationum, et quatenus in re spectatur portio aliena coheredis vel socii, ex qua mihi adjudicari potest, Myns. in *d.* §. 20. *n.* 15. Dyn. *ibidem* n. 8. Petr. Vanderan. *de Privil. credit. Cap.* 16. *sub fin.* Mudæ. *in d.* §. 20. *n.* 2. *et* 3. ut ita non obstet superior Fabri objectio, quod adjudicatione dominium acquiratur contra quam in actionibus realibus. Neque enim hac ratione naturam actionis realis in se habent, sed quatenus qui eas exerceret, partem in rebus communibus suam petit. Quam cum sæpe commode, obtinere nequeat *nisi* adjudicationibus factis, ideo judicis officii est res singulas singulis adjudicare, eumque cui plus adjudicatum, alteri in pecunia condemnare §. 4. *et seq. I. de offic. jud.* Ac male imo Faber, ex qua parte adjudicatur actorem esse, cum totum hoc magis ex officio judicis veniat quam intentione actoria divisionem postulantis, atque ex necessitate eo veniatur, quando commodior divisio fieri nequit, *d.* §. 4. *et seqq.* Quæ et uno solum casu necessaria in actionibus Finium regundorum ut §. *seq.* 6. *I. d. t.* Neque sic divisio *d.* §. 1. *h. t.* manca. Nam, ut ipse Vult. ad *d.* §. 1. *n* 2. *infr* expressione simplicium mixta et ex utrisque concreta intelliguntur. Dyn. in *d.* §. 1. *n.* 13. Usill. *ibid. n.* 30. Bronch. 4. *Ass.* 31. Confer Tiraq. *post LL. connub. gl.* 5. *n.* 69. *et* 2. *seqq. ac n.* 76. *et Tr.* le mort saisit le vif, *pag.* 2. *declar.* 4. *n.* 7. *et seqq.* Accedit quod non adjecta vocula *tantum*, et facit *L. incivile* 24. *de LL.* quomodo objecto huic occurri posse, non diffitetur Donellus noster in *d.* §. 1. *n.* 6. Ad reliqua objecta Vulteii resp. Has quoque actiones ex re venire *L.* 46. *h. t.* et quidem magis, quam ex persona. *L.* 29. *Comm. divid.* nec dari adversus quosvis possessores, quia non in solidum ac mere reales. Unde, licet in aliis quam coheredibus et sociis, requisitum unum actionis realis adsit, possessio; alterum tamen actionis personalis obligatio deficit. Ad rationem Donelli 1.^a resp. eo ipso probatur esse mixtam, quia quatenus fines suos vindicat, in rem est, Bron. 2. *Ass.* 10. Goth. in *d. L.* 10. Ad. 2.m resp. Etsi una nota actionum realium non semper hic conveniat, videlicet possessionis ab alio detentæ restitutio, alia tamen adest, dominii assertio. Quin et possessio abesse videtur. Qui enim prius possidet rem, atque in ea partem suam pro indiviso, hoc agit ut deinde possideat pro diviso rem, vel partem certam. Ad 3.m responsio ex dictis patet, cum et tantum probet non esse mere realem. Ad 4.m resp. non ratione adjudicationis naturam realium referre ex parte, sed alia, ut expositum. Objicit Jasm in *d.* §. 20. duas species oppositas misceri, et ex iis tertiam constitui non posse. Sed post *Zas. ibid.* resp. Bron. *d. loc.*

non sunt. Primum de actione finium regundorum diserte scriptum est in *L.* 1. *D. fin. reg.* hanc in personam esse, licet sit pro vindicatione, quia scilicet per hanc rem nostram consequamur, quæ sit intra nostros fines. Idem ergo et de reliquis duabus judicandum est, utpote ita similibus, ut tres istas ubique conjungi et eodem jure censeri videamus; *d. L. in tribus. D. de jud. d. L.* 2. §. *ult. com. div.* §. *si familiæ*, et 2. §§. seqq. *infra de off. jud. et hoc loco.* Tum autem in rem non esse certissimo argumento hæc sunt Primum, nunquam actio in rem ei datur qui possidet, quem quidem constet possidere, et qui se pro tali haberi velit, *L.* 1. §. *pen. D. uti poss.* §. *æque, supra eod.* At judicium familiæ erciscundæ non tantum ei datur qui non possidet, sed etiam ei qui possidet; et quidem huic maxime, ut colligere est ex *L.* 1. illic, *quæ quidem actio. D. fam. erc.* Deinde, actione in rem petimus rem nostram aut ad jus nostrum pertinentem, §. 1. et §. *sed istæ*, et deinceps, *suprà eod.* At familiæ erciscundæ judicio, item communi dividundo, sic ad divisionem rerum communium provocamus, ut non magis partem nostram petamus quam alienam. Volumus enim res singulas, aut partes singularum rerum, ex divisione distinctas et totas, nobis adjudicari; cum in rebus communibus nullum sit etiam minimum vestigium quod non sit socio mecum commune, id est in quo socius partem non habeat ut ego. Postremo, hæc adjudicatio cum petitur, petitur obligationis jure, tanquam ab eo videlicet qui, propter communionem quam mecum habet, eam adjudicationem pati debet. Quæ plane necessitas ex obligatione quæ ex communione est, nascitur; omnis autem actio ex obligatione est in personam. Quare non sunt hæ actiones in rem, sed in personam dumtaxat.

optimum quandoque ex contrariis fieri temperamentum, cum et quatuor contrariæ complexiones in corpore hominis resideant. Et mixtæ hæ, ex simplicibus utrisque non formaliter, sed materialiter. Aliaque his actionibus forma, ab illarum diversa, ex utriusque qualitatibus participans; sicuti mulus de natura equi et asini, non utriusque forma informatus, sed peculiari intermedia. Et elementare mixtum constat ex elementis, non quod elementa juxta formas suas, sive integras sive remissas atque refractas, atque ita actu mixto insint. Quæ opinio, licet pluribus probata, Zabar. *de Mixtione*, Fernel. 2: *Physiol.* 6. *et* 7. Archang. Mercenar. *Dilucid.* 1. Bodin. *Lib* 1. *Theatri naturæ etc.* mihi, dum Philosophiæ studia tractarem, aliena, tum a mente Aristotelis *de Gener. et Corr.* 10. *Text.* 84. *et* 2. *de Partib. Animal.* 1. *initio*, tum a vero visa est, cum Scal. *Exerc.* 16. *Sect.* 3. *et Exerc.* 101. *Sect.* 19. et passim Conimbricens. *in d. Cap.* 10. Arist. *Quæs.* 3. Fr. Tolet. *Comm. in Lib.* 6. *Phys. Cap.* 2. *Tex.* 23. *Q.* 2. Sebast. Fox. *Lib.* 2. *de Platonis et Arist. consensu Cap.* 10. Riolan. *Physiol. Sect.* 1. *Cap.* 8. Valles. 1. *Controv. Phil. et medic.* 1. *etc.* Cæterum male quidam his mixtis accenset in rem scriptas, ut sunt: Quod metus caussa, Noxalis, Ad exhibendum, Arnold. ab Haersolt. *in Proleg. de act. in genere n.* 12. sentiens personales esse, quia ex contractu vel delicto; reales, quia contra quemcumque. Magis peccant qui propriam atque ita quartam speciem actionum in illis ponunt, Jac. Gurre. *in L.* 2. *C. de resc. vend. pag.* 11. Nam illa non mutant naturam actionis personalis, ita dictæ quod sine designatione personæ dentur. vid. *Civil. Commentar. L.* 15. *Cap.* 39. *n.* 31. *sub fin. N.* 20. Zaug. *d. Cap.* 1. *n.* 106. Gifan. ad *L.* 25. *de O. et A. n.* 12. *et seqq.* Cagnol. *in Rub. D. Si cert. pet. n.* 52. *et seqq.* Coras. *ibid. n.* 3. *et* 1. *Misc.* 22. A. Fab. 20. *Conject.* 10. *pag.* 116. *et seqq.* ubi docet has verbis formulæ dirigi in personam certam, et tamen sic dictas vult, quod in concipienda formulæ conditione, iisdem verbis usus fuerit Prætor, quibus in actione reali. Neque hoc obstare scribit, cum conditio non disponat, dispositio vero formulæ eadem fuerit quæ aliarum actionum in personam; potestate scilicet condemnandi ejus contra quem diriguntur, judici data; quod fieri non potuerit in realibus. Sed ratio appellationis longe aptior allata a Don. *d. Cap.* 39. Nam nec unde ita conjiciat, Faber de verbis conditionis formulæ, argumentum nullum profert.

continet, et rei quæ abest, non pœnæ persecutionem. Quod actionibus in duplum non convenit: quarum in duplo, si non utrumque simplum, at certe alterum saltem semper pœnæ persecutionem continet.

V. *Tripli vero.* Una actio est in triplum quam hic commemorat. Cui, in quem, qua ex caussa detur et quatenus, dilucide exponit. Obiter notandum ex hoc loco, neque sportulas viatoribus seu litium exsecutoribus præstari solitas, unas fuisse; sed pro modo quantitatis petitæ ad certam summam exigi solitas: et, quod mirum est, has ipsas non ab actore, qui viatoris opera uteretur præstari solere, sed a reo exigi.

VI. *Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare.* Theophilus hunc locum exprimens, sic interpretatur, ut dicat ex hac constitutione quam Justinianus refert, nasci condictionem ex lege. Ex quo apparet, apud Justinianum ita scriptum fuisse, certe Theophilum ita scriptum legisse, *ex qua procul dubio est, ex lege condicticiam emanasse.* Ex qua, intellige constitutione nostra. Procul dubio est, id est certum est; quod cum ita quidam inter lineas interpretati essent, tandem etiam in contextum irrepsit, sed supervacanee, cum procul dubio esse, et certum esse, idem valeant. Condicticiam autem Theophilus, ex usu juris, interpretatus est condicticiam actionem, id est uno verbo condictionem; hanc ex lege, id est eam quæ condictio ex lege appellatur. Quod et Hotomanus locum postulare primus, opinor, recte vidit et sive a Theophilo admonitus, sive ex ingenio, isto modo emendavit. Quo modo et nobis omnino legendum, et locus restituendus est. Primum quidem, auctore et præeunte Theophilo, qui ætate propior scire potuit quomodo apud Justinianum scriptum esset. Sed maxime ideo, quia locus ita cogit facere. Multa sunt enim quæ lectionem istam vulgarem aperte repudient. Constitutio nostra, inquit, emanat seu nascitur ex lege condicticia. Et ubi, illa lex condicticia, aut ubi unquam hujus nominis mentionem fieri legimus? Et vero nulla etiam lex ita dici potuit, ut est usus loquendi veterum in legibus designandis. Si qua enim dici potuit condicticia, ea dici debuit, quod proponeret de variis rebus condictiones. At leges et constitutiones, ex caussis et factis de quibus cavent, nomen accipiunt, non ex actionibus quæ de his rebus competunt; ut lex Aquilia dicitur de damno dato, *L. 1. ad leg. Aquil.* Lex Falcidia de minuendis legatis, *Inst. de leg. Fal.* Senatusconsultum Vellejanum de intercessionibus, *L. qui exceptionem, D. de cond. ind.* et similes leges innumeræ. Nullam autem lex vindicatoria quæ vindicationem proponat, nulla condicticia quæ condictionem. Jam illud quid est, constitutionem Justiniani quam hic indicat, emanare et oriri ex alia lege? Primum quid ad jus aut hunc locum pertinebat id monere? quid enim faciebat ad confirmationem constitutionis Justiniani, aut ad confirmationem actionis propositæ? Plane ineptum et alienum; cum, sive constitutio Justiniani ex alia lege qualibet sumpta esset sive non esset, semper hoc ipso haberet satis firmitatis, quod ab ipso Justiniano esset. Quid si ne hoc quidem dici potest, constitutionem Justiniani manare ex alia lege? Et certe non potest, nisi absurde. Nam si intelligimus constitutionem Justiniani, illius alterius legis caput unum fuisse translatum iisdem verbis; eadem lex dici debuit, non nova constitutio quæ ex illa lege emanaret. Sin constitutio vero nova est, non debet dici ab alia lege emanare, sed a Justiniano, quia prior lex hanc constitutionem non tulit, sed Justinianus. Quare et falsitas sententiæ et invera etiam sententia inutilitas orationis, aperte ostendunt corruptam esse et procul rejiciendam vulgarem istam lectionem. Quid autem? interpretatio Theophili et ex hac inducta emendatio, qualem sententiam continet? veram quidem in sese, citra controversiam; sed quod ad rem maxime pertinet, solam convenientem huic loco: neque id solum, sed etiam hoc loco cognitu necessariam. Ait Justinianus ex ista constitutione sua oriri condictionem ex lege. Nihil certius. Quæ enim ex ea constitutione actio est, inducta est nova ista lege, cum prius nulla esset. Ea autem est condictio ex lege, *L. 1. D. de cond. ex leg.* Sed non est satis: hoc etiam ita esse sciri hoc loco conveniebat. Justinianus enim proposuerat constitutione sua actionem in triplum, ex ea caussa quæ constitutione expressa est; et hactenus hic relata erat constitutio. Sed ex jure Romano quo certas actiones esse oportuit, quærendum fuit quænam hæc esset actio. Hoc ergo subjicit, et ait procul dubio esse condictionem ex lege. At enim sequitur in §. *item ex lege* quod condicticiam legem confirmet. Sic enim legitur: *Item ex lege condicticia nostra constitutio oritur.* Sed et hoc vitiose, ut idem Theophilus ostendit, qui eum locum sic expressit, ut diceret esse et ex constitutione Imperatoris nostri proditam condictionem ex lege: indicans apud Justinianum ita scriptum fuisse, et nunc quoque legi debere: *Item ex*

*lege condicticia nostra constitutione*, vel, *ex nostra constitutione oritur*; et illa verba *ex lege condicticia* sic accipienda esse, ut significetur condicticia actio ex lege, quæ ex constitutione quoque Justiniani oriatur in facti specie illic proposita.

VII. *Quadrupli autem agitur*. In quadruplum quinque sunt actiones, ex quibus quatuor hic recensentur: Furti manifesti, de qua in §. *pœna*, *supra de obl. quæ ex del.* Quod metus caussa, de qua in *L. item si cum* §. 1. *D. quod met. cau.* Adversus calumniatores, de qua hic et in *L.* 1. *D. de calum.* quæ, cui et in quem detur, in *L.* 3. et deinceps *eod. tit.* Adversus executores litium qui plus quam his debetur exegerint a reis sportularum nomine, de qua hic in vers. *item ex lege;* ubi quæ sit vera lectio et sententia loci supra ostendi in §. *tripli*. Quintam adjicemus: Vi bonorum raptorum, de qua *supra tit. de vi. bon. rap.* et *L.* 1. *D. eod.*

VIII. *Sed furti quidem nec manifesti*. Monet hoc loco usque ad §. *actionum autem*, quod præcipue in superioribus actionibus cavendum sit, non sic superiores actiones in duplum, triplum, aut quadruplum esse constitutas, ut ex omnibus statim duplum, triplum, aut quadruplum exigere liceat ab eo adversus quem constitutæ sunt, nec eam pœnam liceat reo evitare; sed hanc esse differentiam inter eas, ut quædam ex hisomnimodo dupli sint, tripli et quadrupli; id est ita sint constitutæ, ut statim hæc possint exigi, nec possit earum rerum condemnatio evitari: quædam, in quibus pœnam evitare liceat reo. Prioris generis omnes quæ in diversa caussa nominatim non habentur, ex quibus hic commemorantur tres: Furti nec manifesti in duplum; Servi corrupti, quæ et ipsa in duplum est; de qoibus initio hujus §. Item Furti manifesti in quadruplum, de qua in §. *item actio*, seq. in fin. Sed sunt in hoc numero etiam aliæ; ut illa quæ est in triplum, de qua in §. *tripli supra;* ut actio Vi bonorum raptorum in quadruplum, *L.* 1. *vi bo. rap.* Et generaliter, ut dixi, quæ non sunt ejusmodi, in quibus nominatim lege pœnam evitare conceditur; quod conceditur interdum, sed et hoc non uno modo. In eo hæc varietas istius generis actionum est triplex. Constituuntur enim in duplum aut quadruplum sub conditione, alias si reus solutionem rei petitæ differat, et expectet donec in jus vocetur: hujus generis est actio de legato venerabilibus locis relicto, de qua hic; alias, si reus non distulerit tantum, sed judicio conventus, hoc adjecerit ad frustrationem, ut inficiaretur se debere, et adversus inficiantem lis sit contestata; cujus generis duæ: actio damni injuria ex lege Aquilia, et depositi interdum, ut hic loquitur Justinianus: nempe ex quibus in duplum datur actio ex edicto, *d. L.* 1. §. 1. *D. dep.* Alias si non tantum rem distulerit reus, et sit etiam inficiatus se debere, atque hoc modo lis cum eo contestata; sed etiam ad extremum judicio convictus, jussus sit rem de qua agitur restituere, neque restituerit; quod accidit in una specie actionis Quod metus caussa, de qua in §. *item actio*, seq. *L. item si cum*, §. 1. et §. *hæc autem*, *D. quod met. cau.*

IX. Sed, sive jam ab initio hæc actiones in duplum, triplum, quadruplum sint, sive ex eventu supra scriptis conditionibus; eveniet ut in omnibus quærendum sit quod sit hoc duplum, triplum, quadruplum, seu quomodo ista æstimemus. Et animadvertendum est duabus ex rebus æstimari; quantitate simpli, ex cujus ratione duplum aut triplum dicitur; et ex hujus simpli in duplo, triplo comprehensione aut remotione. Necesse est enim ista crescere aut minui, prout est simplum quod duplatur triplaturve. Sint enim centum aurei in simplo; duplum erit ducenta: sint in simplo ducenta; duplum erit quadrigentorum. Eademque tripli et quadrupli ratio est. Sed, et simpli quantitate inventa, eadem mentio dupli, tripli et quadrupli incidet, si ant in duplo et reliquis computabimus simplum, aut simplo non computato, ista volemus præstari. Quapropter, in harum rerum æstimatione, duo hæc constituenda sunt; primum, quod sit illud simplum ad cujus rationem duplum et cætera dici volumus; deinde an in his simplum computemus, necne. De utroque breviter sic habendum. Simplum in omni actione vocamus quod actori abest, quodque esset præstandum, etsi nulla pœna amplioris summæ lege esset constituta, *supra de vi bon. rap.* in pr. *L.* 1. *D. de calumniat. L. item si cum*, §. 1. §. *quadruplatur. D. quod met. cau.* Hujus simpli duplum, triplum, quadruplum intelligendum est.

X. Cum autem quæritur an in duplo et cæteris simplum computari debeat, dicemus, nisi qua nominatim constituta sit lege actio qua separatim et ultra duplum, triplum, quadruplum, petatur id quod nobis abest; semper in duplo, triplo quadruplo simplum connumerari, ut in actione de servo corrupto, *L.* 1. *D. de ser. cor. vi bonorum raptorum*, §. *vi autem*, *supra eod. L.* 1. *D. vi bon. rap. quod metus caussa*, §. *item actio*, *infra*, et similibus, de quibus in §. *vi autem*, ver.

*item mixta*. §. *tripli*, *supra eod*. Tunc solum dupli et quadrupli solidi, præter simplum, persecutio est cum rei persecutio extrinsecus est lege constituta; quod declaratur in §. *ult. supra de obl. quæ ex del.* exemplo actionibus furti; quæ, sive sit dupli sive quadrupli, dicitur tantum ad pœnæ persecutionem pertinere hac ratione, quod ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus.

## ACTIONUM AUTEM.

### §. XIX.

*Usus divisionis propositæ*. I.

*Divisio recta*. II. et seq.

*Stricti juris actiones quo sensu dictæ, ut non pugnet appellatio cum L. placuit, C. de jud.* III.

*In stricti juris actionibus etiam bonam fidem spectari; sed quatenus, ut vere dicantur non esse bonæ fidei*. IV.

*Arbitrariæ actiones tertium genus actionum distinctum a prioribus*. V.

*Divisio hic tradita non ideo vitiosa, quia omissa arbitrariæ actiones*. VI.

*Actiones bonæ fidei dictæ, quia omnis hic potestas judicis judicandi ex bona fide*. VII.

*Bonæ fidei actiones dictæ arbitria; et in his judex arbiter; et cur*. VIII.

*Bonæ fidei actiones cur ex libera potestate judicandi non dicantur libera judicia, ut contraria quæ sunt, stricta*. IX.

*Bonæ fidei actionum nomen unde, ac non anxie repetendum ex formulis*. X.

*Judiciorum veterum mos in actionibus dandis concipiendisque* XI.

*Bonæ fidei actiones etiam dictæ ex bona fide descendere, et quam recte*. XII.

*Stricti juris actiones, quæ, et unde ita dictæ* XIII. XLIII.

*Stricti juris, id est strictæ potestatis, non summi juris actiones*. XIV.

*Stricto jure vallata actio quid sit apud Justinianum, in L. unic. §. sed etsi non ignoramus, C. de rei ux. act.* XV.

*Theophilus non videtur recte strictum jus in his actionibus interpretatus summum jus*. XVI.

*Ex bona fide valet ex æquo et bono*. XVII. XVIII.

*Cur ex fide bona quæ præstantur ex æquo et bono*. XIX.

*De Contrariis judiciis locus Ciceronis lib. 3. Offic. expositus*. XX.

*Bonæ fidei actionum genera propria duo*, XXI.

*Moris et consuetudinis quæ sunt, præstanda in bonæ fidei judiciis*. XXII.

*Reticentiæ pœna*. XXIII.

*Deteriorationis pœna*. XXIV. XXVI.

*Moræ pœna*. XXV.

*Fructuum et usurarum præstatio ex mora in bonæ fidei judiciis*. XXVI.

*Dolo malo aut vi contractum, ipso jure non valet in bonæ fidei judiciis*. XXVII.

*Exceptiones bonæ fidei judiciis inesse, contineri; et hoc quid sit, tum quid contineat*. XXVIII. XXIX.

*Exceptionem non desiderari; non desiderari ut excipiatur, quid sit*. XXX.

*Bonæ fidei actione etiam certum recte petitur*. XXXI.

*In bonæ fidei judiciis etiam facti quæstiones maxime versantur*. XXXII.

*Strictis judiciis negata; seu quibus rebus distent stricta judicia a bonæ fidei judiciis*. XXXIII. XXXIV.

*Ipso jure quis non teneatur, an per exceptionem, quid intersit*. XXXV.

*Inter judicia bonæ fidei et stricti juris differentiæ quædam repudiatæ*. XXXVI.

*Bonæ fidei omnes quæ hic appellantur*. XXXVII.

*Bonæ fidei nullæ, præter eas quæ hic enumerantur*. XXXVIII.

*Contrariæ actiones etiam bonæ fidei*. XXXIX.

*Utiles ex iisdem caussis item bonæ fidei*. XL.

*Item protutelæ, bonorum possessoria hereditatis petitio, et petitio hereditatis fideicommissaria*. XLI.

*De precario actio et condictio indebiti, non bonæ fidei, et cur*. XLVI. XLIV.

*Finium regundorum actio non bonæ fidei, et cur* XLVII. XLIV.

*Condictio indebiti, funeraria, injuriarum de sepulchro violato, adversus judicem qui litem suam fecit, non sunt bonæ fidei*. XLVIII. XLV.

*Actiones quæ dicuntur bonæ fidei, cur potius bonæ fidei quam cæteræ*. XLIX. L. LI.

*Petitio hereditatis non mutuum negotium habens, cur bonæ fidei*. LII.

Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonae fidei sunt hae empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bona fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset an non; nostra tamen constitutio bonae fidei disposuit.

I. *Ait, actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris.* Quarta est divisio actionum, pertinens et ipsa ad actionis institutionem et persecutionem recte informandam. Est autem hæc vis atque usus divisionis. Ducta est divisio ex potestate judicis in quoque genere actionis; ex potestate indicans id quod usum actionis continet, quid scilicet quantumque, pro hac potestate et natura horum generum, petere ac consequi liceat officio judicis; si quidem hæc potestas ad tribuendum aut denegandum id quod petitor, pertinet. Quid ergo differt hæc divisio a prioribus duabus, quarum altera continere diximus quid liceat petere, altera quantum liceat? Et hoc differt, quod priores ostendunt quid et quantum liceat petere, pro ea quantitate quæ conventione aut jure certo definita est; hæc, quid quantumque amplius liceat, pro potestate et officio judicis, nulla neque conventione neque jure certo definitum. Quod ita recte docetur, si in his actionibus declaretur quæ sit ista potestas judicis. Id totum quale sit, cognita divisione primum; tum hujus generibus, quæ sint, et quam vim habeant; postremo horum generum partibus, intelligetur. Et sunt omnia hæc delibata hoc loco, sed delibata tantum, non exposita; ut non parum sit in singulis quod dubitetur, et quod cognoscere cupienti ad quærendum ex explicandum relinquatur. De his ergo dicam ordine, quantum ad hujus divisionis intelligentiam et institutum sufficere videbitur.

II. Divisio ita proponitur. quasdam actiones bonæ fidei esse. quasdam stricti juris. Hic statim occurrit quod quæratur de ipsa divisione, seu de membris divisionis. Nam alia videri possunt hic falso posita, quædam quæ adjici debuerant, esse omissa; ut partim falsa sit, partim manca divisio. Statuuntur hic actiones stricti juris, quæ et ipsæ eum distinguantur ab actionibus bonæ fidei. simul et bonæ fidei esse negantur. Quid ergo, si horum utrumque falsum est? Certe nullas esse stricti juris prima fronte existimari potest, ex eo jure quo constitutum est, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris rationem, *L. placuit, C. de jud.* Si in omnibus rebus etiam in actionibus. Quod si in actionibus stricti juris ratio non habetur, non possunt dici actiones esse ejus juris quod in illis non servatur. Sed et omnes actiones saltem quæ sint ex contractu, esse bonæ fidei, nullas non bonæ fidei, effici videtur illa altera sententia juris constituti, quæ traditur in *L. bonam, C. de obl. et act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Unde enim actiones bonæ fidei, nisi quia in his præstantur omnia ex bona fide, id est in summa, quia in his bona fides spectatur? de quo paulo post. Quare si in contractibus omnibus, eoque et in actionibus quæ inde nascuntur, pariter spectatur bona fides, necesse est easdem istas actiones, cujuscunque modi sint, etiam si ex stipulatu, bonæ fidei esse existimari. Aut ergo falso dicuntur actiones quædam esse stricti juris, et nec bonæ fidei; aut videndum quomodo ista conveniant cum superioribus sententiis. Nihil vero in his propositæ divisioni adversatur.

III. Nam quod dicitur in *L. placuit, C. de jud*, nullis in rebus stricti juris habendam rationem, illic verbum *juris* jus constitutum significat, eodem modo quo jus naturale, gentium, et civile dicimus. Sane jus constitutum, si summum et strictum est ut constitutio nominat, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam et rationem legis, id nunquam sequimur; sed æquitatem, id est mentem et sententiam legis: exemplum in *L. non eo minus, D. de proc.* Et quidem hoc sensu concedendum est nullas esse actiones stricti juris, id est nullas tales, in quibus stricti istius juris potius, quam æquitatis ratio habeatur. At hic cum dicuntur quædam actiones esse stricti juris, jus non constitutum,

sed potestatem significat ut paulo post dicetur: nec aliud est quasdam actiones esse bonæ fidei, quasdam stricti juris, quam quasdam esse liberæ potestatis judicis qui æstimare possit quidquid est ex bona fide, ut significatur in §. *bonæ*, *infra*, quasdam adstrictæ potestatis judicis, quia in his hujus potestas certis finibus inclusa sit et adstricta, ut verbum ipsum indicat. Quod si vere ita se habet potestas judicis in actionibus, ut certe habet; perspicuum est genera superiora duo binc ducta, recte item statui, et alterum ab altero recte distingui. Nec minus recte quæ stripti juris sunt sic a prioribus distinguuntur, ut sint et ipsæ non bonæ fidei, ut quidem bonæ fidei actiones hic et passim in usu juris nominantur. Certe quasdam actiones, seu quædam judicia non esse bonæ fidei diserte scriptum est in *L.* 3. §. 1. *D. de usur.*

IV. Quod autem dicitur in *L. bonam*, *C. de obl. et act.* bonam fidem in contractibus spectari, non nego recipiendum in contractibus omnibus. Nam nec in contractibus stricti juris quidquam dolo malo et non bona fide gestum, ratum est, *L. dolo*, *C. de inut. stip.* Non nego etiam in ea sententia bonam fidem ita accipi, ut tunc cum dicimus actiones esse bonæ fidei, item judirandum ex bona fide; ut scilicet significetur officium boni viri considerandum incontractibus, ne quid adversus id fiat; de quo verbo postea. Spectanda igitur bona fides in contractibus omnibus, et eo spectanda ut sequamur. Sed videndum, quatenus: videndum an eodem modo in contractibus stricti juris, quo in contractibus bonæ fidei. De quo cum exstet certi juris distinctio aliis locis tradita, quæ indicatur in §. *ult. Inst. de obl. ex cons.* illinc sumere oportet quo id quod hic obscurum est explicetur. Dicendum igitur spectandam in strictis etiam judiciis bonam fidem; verum ita, non ut quid præstetur de quo non convenerit, etiam si sit ex bona fide id præstari; quod solum proprium est judiciorum bonæ fidei, *d.* §. *ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia tantundem, D. de neg. gest.* sed contra, ut si quid convenerit quod subtilitate juris videatur præstandum, ne præstetur si sit contra bonam fidem, *d. L. dolo C. de inut. stip. L. si quis eum aliter, D. de verb. obl.* Unde merito hæc judicia dicta non bonæ fidei, quia deest id, quamobrem actiones bonæ fidei appellantur. Sic enim dicuntur eæ in quibus res tota æstimatur ex bona fide per omnia; id est non in unam aliquam partem, sed in utramque, sive quid præstandum sit sive non sit; et maxime si id agatur, ut quid præstetur ex bona fide, quamvis de eo nihil dictum promissumve sit. Quod cum non fiat in actionibus stricti juris; et maxime cum in his id desit quod est actionum bonæ fidei proprium, ut quid præstetur hoc ipso, quia bona fides id postulat; non mirum si iis non tribuitur nomen quibus deest caussa et ratio nominis. Sed fient hæc planiora et certiora, cum quid sit horum unumquodque, et cur ita vocetur cognoverimus. Statuuntur ergo recte hac divisione genera hæc duo, ut actionum quædam sint bonæ fidei, quædam stricti juris, quorum utrumque vere tale est, ut vocatur distinguiturque recte alterum ab altero.

V. Sed his generibus recte constitutis, saltem videbitur superesse illud alterum vitium, ut manca sit divisio. Statuitur enim postea a Justiniano in §. *præterea* tertium genus distinctum, ut videtur, a superioribus, arbitrariarum actionum. At hoc si aliud est, vere omissum est in hac divisione. Quærendum igitur, ad vim et sententiam divisionis, sintne hæc duo tantum genera quæ hic posita videmus, an tria, ut efficere videtur §. *præterea*; et si tria, quomodo effugiamus ne sit vitiosa divisio. Et vulgo sic divisionem acceperunt, ut velint esse plenam; et sicut duo tantum illa genera Justinianus proponit, ita et velint tantum duo hæc esse, ut aut bonæ fidei sint actiones, aut stricti juris; ne scilicet si dederint ei aliquam speciem deesse, cogantur fateri esse vitiosam. Confirmaturque hæc sententia ex *L.* 8. §. *in hac*, *D. com.* ubi hæc quoque genera tantum duo commemorantur judiciorum, bonæ fidei, et strictorum. Cum autem objiciuntur actiones arbitrariæ ex *d.* §. *præterea*, respondent arbitrarias actiones novum genus non constituere, sed ad eadem illa genera referri; esse enim stricti juris, seu actionum stricti juris speciem. Nos autem ita statuemus tertium hoc genus esse distinctum maxime a superioribus, ut arbitrariæ neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale id genus statuit aperte Justinianus in *d.* §. *præterea*, cum ait, *præterea esse quasdam actiones quas arbitrarias appellamus.* Præterea, id est præter superiores, ut intelligeremus arbitrarias alias esse a prioribus. Nihil ad rem pertinet quod dixit quasdam arbitrarias appellari, non autem esse. Ideo enim sic appellantur, quia revera sunt arbitrariæ et ex arbitrio judicis pendentes, ut ibidem declarat. Sed et definitiones arbitrariarum, et stricti juris actionum repugnant. Nam in actionibus quoque arbitrariis sic accipitur arbitrium, ut permittatur judici ex bono et æquo æstimare que-

madmodum actori satisfiat, *d. §. præterea.* Non idem licet judici in stipulationibus et similibus actionibus stricti juris. ut colligere est ex *§. ult. Inst. de obl. ex cons.* Quod si testimonium veterum quæritur, non est obscurum in *L. actionibus. D. de in lit. jur.* ubi, cum Marcianus initio dixisset in litem jurari in actionibus bonæ fidei, item in rem et ad exibendum, quæ sunt arbitrariæ, ut dicemus ad *§. præterea infra*, subjunxit per adversativam *plane interdum, et in actione stricti judicii in litem jurandum.* aperte declarans eas de quibus locutus erat, stricti judicii actiones non esse. Sed multo apertius Papinianus, et quidem, ut nullus sit dubitationi locus tria hæc genera distincte posuit eodem loco in *L.* 3. *§.* 1. *D. de usur.* bonæ fidei, arbitrarias, et quæ neutrum horum essent, quas dicimus stricti juris. Verba hæc sunt: *In his quidem judiciis quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei, post litem contestatam actori caussa præstanda est.* Sunt ergo primum duo hæc genera actionum citra controversiam distincta, arbitrariæ, et quæ sunt bonæ fidei. Est et tertium quoddam, ab his duobus, sententia Papiniani, plane sejunctum, quod ille ita describit, ut dicat esse id judicium quod nec sit arbitrarium, nec bonæ fidei. Id autem aliud intelligi non potest quam id quod nominantur in hac divisione, actionum videlicet stricti juris. Ita plane actiones arbitrariæ non sunt stricti juris, sed toto genere ab his diversæ; fiuntque hic omnino, ut dixi, tria illa genera, ut quædam sint bonæ fidei, quædam stricti juris, quædam arbitrariæ.

VI. An non ergo vitiosa est hic divisio, quæ duo priora tantum posuit, tertium omisit? Esset vitiosa, si in his membris duobus constitisset Justinianus, nec tertium postea ad ea priora adjiceret. Nunc autem tertium istud statim et continenter ab illo subjicitur in *d. §. præterea;* ut perinde id haberi debeat, quasi eodem loco tres istas species proposuisset. Incivile porro est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere, *L. incivile, D. de legib.* Recta igitur hæc divisio, in qua et species ipsæ veræ, nec minus inter se distinctæ statuuntur, et numerus congruit. Tantum ut in numero specierum meminerimus, non in his duabus quæ hic proponuntur, esse consistendum; sed tertium illud adjiciendum, quod et postea adjicitur a Justiniano in *§. præterea;* ut efficiatur divisio tripartita, cujus species duæ hic, et *§§. duobus sequentibus* tractantur, tertia in *d. §. præterea* continenter et uno ductu divisionis.

VII. Divisione posita, deinceps quæ sint bonæ fidei actiones, quæ stricti juris et quam vim habeant, ordine videamus; ac primum quæ sint, et unde ita appellatæ. Actio bonæ fidei dicitur, in qua libera potestas est judici æstimandi inter litigatores quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio pene totidem verbis expressa in *§. in bonæ, infra hic* et *L.* 5. in pr. *D. de obl. et act.* Itaque duæ res judicium bonæ fidei constituunt distinguuntque a cæteris actionibus, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, et hæc ipsa potestas intra modum et regulam bonæ fidei inclusa. Quæ partes ab effectis facile notari possunt, nam ex libera ista potestate hæc sunt.

VIII. Dicuntur enim hæc judicia a nostris passim arbitria; et judex in his datus, arbiter, *L. arbitrium, L. in judicio, L. ult. D. fa. erc. L. coheredibus, C. eod. L. pro socio, D. pro soc.* Cicero *lib.* 3. de Off. *Quintus quidem Scævola Pontifex Maximus summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex bona fide; fideique bonæ nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis.* At hæc omnia judicia sunt bonæ fidei, quæ vocat arbitria. Atque hinc appellatio, quod in his res committitur arbitrio judicis, id est liberæ potestati æstimandi pro officio boni viri; id enim arbitrii verbum continet, *L.* 1. *D. de leg.* 2. Hinc et judicia his contraria dicta stricti juris, et stricta. Cur enim stricta, nisi quia priora illa quibus opponuntur, sunt libera, et liberi juris? Ex bona autem fide natum nomen generis. Unde enim dictæ actiones bonæ fidei? Nempe ex re nomen, ut ideo ita dicantur, quia hic omnis æstimatio et condemnatio judicis est ex bona fide, seu in id quod ex bona fide quemque præstare oportet, *L. quæro*, in pr. *D. loco.* Et partes quidem hujus generis ita se habent. Sed ex his ipsis partibus, de nomine potest dubitari.

IX. Cum enim hæ partes duæ sint, cur non potius ex potestate æstimandi libera, quæ in his quoque inest, dicta sunt judicia libera; cum præsertim quæ his opponuntur, ex ipsa potestate judicis, quia adstricta est, dicantur stricta? Id caussæ est, quod quæ sunt bonæ fidei, ex priore parte dici non possunt, ex posteriore recte designantur. Nam si simpliciter dixerimus libera, unam tantum partem complexi fuerimus, libertatem, altera parte omissa. Atque hoc modo etiam falsum dixerimus, quia non sunt absolute libera. At qui dixit esse ea in quibus res judicetur ex bona fide, utrumque dixit, et bonam fidem in his spectari, et dum judicetur ex bona fide, has

etenus omnia esse libera. Id autem significatur satis, cum dicuntur esse judicia, et actiones ex bona fide, seu bonæ fidei. Hinc nomen; cui recte opponuntur judicia stricta, dum hoc verbo removere volumus non tantum absolutam potestatem, sed hanc ipsam ex bona fide judicandi.

X. Quæ cum videamus ita esse, si quis adhuc quærit unde nomen bonæ fidei actionum sit natum; non videtur anxie ex formulis veterum judiciorum repetendum longius, quod est in re, et ipsum per se est in promptu; fatemur enim in his judiciis liberam potestatem judici datam ex bona fide judicandi, etiam hodie quo tempore formulæ et impetrationes actionum sublatæ sunt, *C. de for. et imp. act. sub.* Proinde in promptu est, ex hac ipsa potestate, recte dictas esse bonæ fidei actiones, utpote, ut dixi, ex re nomen. Sed quæretur fortasse amplius unde fuerit hæc potestas ab initio, ut si sit ex vetere formula, recte inde ducatur ejus origo, et nomen. Dici enim potest nomen quidem esse a potestate judicis, sed potestatem esse ex formula. Ita primam caussam et originem nominis ex formula. Sed ne hoc quidem de potestate judicis recte dicetur.

XI. Dabat quidem olim prætor judices, ut fere mos erat in jure dicundo; dabat, et judicii formulam. Et in his ipsis actionibus quas bonæ fidei vocamus, ita jubebat judicari, ut adderet *ex bona fide* aut quæ verba idem valerent, *Quod æquius melius, Ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione,* ut indicat Cicero in Topicis in *loco a caussis:* item *L.* 3. *de Off.* ubi agit de dolo malo, uti fuerit vindicatus legibus. Ex quo et potestas judicis, quæ ultra id quod in judicium ex formula deductum erat, excedere non potuit, *L. ut fundus, D. com. divi.* Sed proxima tantum caussa hæc fuit, et quæ per se nihil valeret. Cæterum ipsa formula aliam caussam superiorem habuit, a qua penderet hæc potestas omnis; non utique voluntatem et conceptionem prætoris, sed jus quod præscribebat prætori hanc ipsam formulam; cum ita placeret esse formam jurisdictionis, ut, prout esset actio, ita proponeret prætor convenientem cuique judicii formulam; in bonæ fidei actionibus liberam faceret potestatem judici ex bona fide judicandi; in strictis rem certam diceret, in quam juberet præcise condemnationem fieri; eumque ordinem non solebant pervertere prætores, atque adeo non poterant, nisi contra naturam cujusque judicii vellent facere, id est contra jus quod eam naturam præscripserat. A jure igitur hæc potestas omnis, non a formula; ut eum constiterit potestatem ex bona fide judicandi jure dari, si de jure quæritur, sit constitutum ubi quiescere debeamus; si de nomine actionis, sit et hujus nominis ratio ex eo jure statim exposita. Est enim omnino consequens rei, ut in qua actione res judicatur ex bona fide, ea dicatur bonæ fidei. Faciet etiam hæc cognitio, ut quanvis hodie sublatæ sint formulæ et impetrationes actionum, tamen non eo minus statuamus et nomen vetus, et rem ipsam hujus generis actionum etiam nunc manere; quia, formulis sublatis, nihilominus caussa utriusque rei manserit, id est jus quod huic generi caussam et formam dedit, non vetus prætoris formula; hæc enim ex jure, non jus ex formula. Prodest tamen cognitio veterum judiciorum et formulæ in his judiciis, ad ejus ipsius juris quod dixi, confirmationem; ut cum animadverterimus ita formulam fuisse in jure dicundo, ut in bonæ fidei judiciis liberam potestatem tribueret judici ex bona fide judicandi, in judiciis strictis contra; sciamus ita quoque jus fuisse, et hanc ex jure istorum judiciorum naturam. Quo de more si quis plura desiderat, multi docti viri scripserunt nostra ætate, quorum e scriptis licet petere. Optime et accurate Duarenus in commentario de in litem jurando.

XII. De nomine actionum bonæ fidei, illud observandum, dici etiam has actiones interdum eas quæ bona fide descendant, pro eo quod est esse bonæ fidei, ut apud Justinianum in *L. unica*, §. *sed etsi non ignoramus, C. de rei uxo. act.* apud Paulum in *L. domum*, in fi. (etsi locus totus videtur ex dictione a Triboniano interpolatus) *D. de contr. em.* Quod quidem proprie dici non potest, ne forte hæc loquendi ratio nos fallat. Quæ enim actiones bonæ fidei sunt in contractibus, ut empti venditi, locati conducti, mandati, pro socio, et similes, eæ omnes ex contractu nascuntur, §. *rei persequendæ supra eod.* id est, ex contractu descendunt, §. *sed istæ supra eod.* Non ergo ex bona fide; quid enim si res mala fide gesta est? non potest dici actio descendere ex ea fide, quæ nulla est. Nec quidquam ad rem pertinet, si bonam fidem eam intelligemus, quæ postea præstari debeat. Nam, cum nondum sit præstita, ne sic quidem potest dici actio ex ea fide quæ non est, descendisse. Et ut forte res bona fide gesta sit, semper tamen actio ex contractu, non ex bona fide; cum etsi abesset a contractu bona fides, nihilominus eadem futura esset actio. Sed cum ipsi contractus ex quibus istæ sunt actiones, dicantur et ipsi contractus bonæ fidei, quia maxi-

me ex bona fide legem accipiant, *L. cum qui, D. de don. L. hujusmodi* §. *qui servum, D. de leg.* 1. *L. mora* §. *in bonæ, D. de usur. L. contractus*, illic: *sed hæc ita, D. de reg. jur.* συνεκδοχικῶς nomen partis hic usurpatur pro toto, ut dicantur actiones descendere ex bona fide, quæ descendunt ex iis contractibus qui hanc fidem adjunctam habent. Illud omnino durum est quod Paulus ipsos contractus bonæ fidei dixit descendere ex bona fide, *lib.* 2. *rec. sent. tit.* 17. Ut enim contractus ex se ipsis descendere dici non possunt, sic multo minus ex sua parte. Denique contractus omnis nullam aliam caussam præcedentem habet unde nascatur, nisi consensum et si quid ad consensum accedere debet, ut res, verba, literæ.

XIII. Stricti juris actiones quas vocemus, ex contrario intelligitur. Nam, si bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas est judici ex bona fide rem æstimandi, stricti juris sint oportet eæ in quibus hæc potestas non est libera. Et verba stricti juris optime conveniunt, atque adeo hoc ipsum exprimunt. Nam jus, inter cætera, potestam significat; ut in illa divisione personarum, cum dicimus quosdam esse sui juris, quosdam alieno juri subjectos, hoc significatur quosdam esse suæ potestatis, quosdam alienæ potestati subjectos, *L.* 1. *D de rer. divi.* Strictum autem valet adstrictum. Hoc sensu, actio stricti juris idem declarabit quod actio strictæ seu adstrictæ potestatis. Hoc vero ipsum est. Est enim actio in qua potestas judicii certis rebus adstricta est, non ut in actionibus bonæ fidei, libera; quod hac divisione atque his verbis intelligi volumus. Hanc significationem repugnantia generum exigit, usus veterum confirmat, juris certi ratio omnem aliam excludit. Repugnantia manifeste exigit, postquam eas bonæ fidei esse dicimus, in quibus libera potestas permittitur judici, ut est in §. *in bonæ, infra*, cui non recte opponitur, nisi id in quo hæc potestas est adstricta. In usu juris, etiam hæ actiones dicuntur judicia stricta, ut *L.* 3. §. *in hac, D. com.* item actiones stricti judicii, ut in *L. in actionibus, D. de in lit. jur.* ubi apparet stricti verbum, non ad jus publicum strictum, sed ad judicium ipsum quod sit adstrictum, referri. Non est autem judicium adstrictum, nisi in quo eadem non licent quæ in alio licent libere. Sed tamen et de hac mente posset dubitari, nisi utriusque generis et verbi vim expressisset Seneca, alludens ad horum judiciorum morem et formulam veterem *lib.* 3. *de Benefi.* his verbis*: Melior videtur conditio caussæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur; quia illum formula includit, et certos quos non excedat terminos ponit; hujus libera et nullis constricta vinculis religio est.* Est ergo hujus potestas nullis vinculis constricta; illius inclusa certis terminis, et certis vinculis constricta; ex quo judicii stricti, seu constricti nomen. Atque, ut hæc significatio rei et usui veterum congruit, ita aliam significationem verbi *juris* in hac divisione res ipsa et jus certum repudiat.

XIV. Alterutrum enim necesse est, ut cum nominamus quasdam actiones stricti juris, hic jus accipiamus aut jus constitutum, aut potestatem; ut sit sensus, actiones has esse in quibus aut res æstimetur ex stricto jure, aut potestas judicii sit constricta seu angusta. Nihil enim est tertium in significatione hujus verbi, quod huic divisioni conveniat. At quominus de jure constituto stricto, id est summo interpretemur, prohibet illa sententia juris certi, de qua initio dixi in omnibus rebus stricti juris non haberi rationem, *L. placuit, C. de jud.* Quapropter relinquitur altera significatio cæteris rebus omnibus per se ipsa huic divisioni optime conveniens, ut interpretemur strictum jus strictam potestatem actionis et judicii, quæ et vere in his judiciis stricta et angusta est.

XV. Neque aliter accipere oportet quod est apud Justinianum in *L. unica*, §. *sed etsi ignoramus, C.* de rei uxor. act. *actionem ex stipulatu stricto jure esse vallatam*, pro eo quod est, actionem hanc esse stricti juris. Hoc sentit, certe ex verbo *vallatam* hoc sentire arguitur, actionem esse stricta seu adstricta potestate circumscriptam. Nam vallatam dixit pro certis terminis tanquam vallo circumdatam et inclusam. At hoc nihil aliud est, quam quod paulo ante Seneca dixit, *actionem esse, in qua judex formula includitur, et intra certos, quos non excedat, terminos cohibetur.* Quod quidem ad potestatem judicii his rebus constrictam referri est. Et hoc dicere fortasse melius est, quam fateri Tribonianum in ea constitutione non satis vim verbi antiqui juris percepisse. Quanquam ne admodum nobis necesse sit de eo loco conciliando laborare; fatendum est Tribonianum eo loco parum commode de his generibus locutum esse. Certum parum commode dixit *actionem ex stipulatu, non ex bona fide descendere*, pro eo quod est non esse actionem bonæ fidei. Potest enim ea actio descendere ex bona fide, id est ex stipulatione bona fide contracta, quanvis nec ipsa stipulatio sit contractus bonæ fidei, ut nunc vocamus, nec actio quæ inde nascitur bonæ fidei. Potest tamen defendi sic recte dici non descendere ex bona

fide, ut intelligatur non descendere ex contractu bonæ fidei; parte posita pro toto, ut paulo ante ostendi in verbo actionis bonæ fidei. Utcumque est, si stricto jure vallatam intellexit Tribonianus eam quam stricti juris intelligi debere diximus, recte sensit, et veterum sententiæ convenienter. Sin eam quæ stricto, id est summo jure utatur, seu in qua summi et stricti solum juris ratio habeatur; agnoscendum est, dictum ab illo parum commode.

XVI. Nec melius Theophilus, cum de strictis judiciis ita scripsit in §. *bonæ, infra* ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος; si modo id sensit, quod verba exprimere videntur, in *quibus stricti et summi juris ratio habetur*. Est enim adversus *d. L. placuit, C. de jud.* et præterea repugnantiæ generum, quam lex rectæ divisionis exigit, item usui veterum adversatur.

XVII. Postquam quæ dicantur actiones bonæ fidei, quæ stricti juris, et unde tenemus, sequitur cognoscamus quæ sit ista potestas judicii, quam hic actionibus tribui et a qua hæc genera distingui diximus, tum quæ ea potestate contineantur. In quo cernitur vis atque usus hujus divisionis, quam unam ob caussam hæc genera proponi et cognita habere oporteat. In bonæ fidei judiciis liberam potestatem esse diximus judici æstimandi, ex §. *in bonæ infra*, sed æstimandi ex bona fide, ut est in *L.* 5. in pr. *D. de obl. et act.* In strictis judiciis contra. Quapropter, si sciverimus quid sit hoc ex bona fide et quid contineat, potestatem utriusque judicii cognoverimus. Principio hoc generaliter statuendum est, ex bona fide valere ex æquo et bono. Quod enim Cajus in *d. L. 5. de obl. et act.* dixit *in actionibus bonæ fidei agi de eo quod ex bona fide alterum alteri præstare oportet*, id ipse idem in *L. 2. eod. tit* sic expressit, ut diceret *in his alterum alteri obligari, de eo quod alterum alteri, ex bono et æquo præstare oportet.* Eodem modo Justinianus in §. *in bonæ, infra*. Hinc, qua in actione olim addebatur *Quod æquius melius*, qualis fuit rei uxoriæ actio, ut scribit Cicero *Lib.* 3. *de offic.* et significatur in *L. pen.* in fin. *D. sol. mat.* (unde hæc eadem dicitur in bonum et æquum concepta in *L. eas, D. de cap. min.*) ea dicitur actio una esse ex bonæ fidei judiciis in §. *fuerat, infra eod.* Quod non alia de caussa dici potest, quam quod id ipsum quod est æquius melius, est ex bona fide; et quod ex bona fide, idem æquum et bonum. Sed et idem Cicero eodem *Lib.* 3. *de Off.* inter exempla eorum arbitriorum quibus addebatur olim ex bona fide, numerat fiduciam, genus contractus vetus apud Romanos, cujus tamen in judicio paulo ante scripserat addi illa verba aurea *ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione.* Quæ non cohærent, nisi hæc ipsa quæ inter bonos et bene aguntur, sint eadem etiam ex bona fide. Inde etiam illud Tryphonini in *L. bona D. dep.* bona fides quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderat.

XVIII. Quo loco etiam necessario oritur quæstio de verbi significatione. Quid enim? an idem est bona fides, quod æquum et bonum? Nemo dicet; neque enim, cum dicimus aliquem bona fide possidere, hoc significamus eum possidere ex æquo et bono; cum possidere bona fide sit putare eum dominum esse a quo accipimus, quod est facti; æquum autem et bonum sit jus quod factum tuetur, aut repudiat. Itaque tantum interest inter bonam fidem et æquum et bonum, quantum inter rem facti et juris, inter quas tamen tantum interest, ut una alteri opponatur, *L. moræ*, in fin. *D. de cur. fur.* Dicet aliquis, bonam fidem quidem non esse æquum et bonum; sed tamen in contractibus bonam fidem hoc ipsum efficere, ut præstari debeat quidquid est æquum et bonum, quasi prius de eo fides sit interposita, ut sit bona fides hujus præstationis caussa, præstatio, bonæ fidei effectus. Sed ne hoc quidem videtur ex significatione verbi dici posse. Scimus enim quid Latinis sit fides. *Est*, inquit Cicero Lib. 1. de Offic. *dictorum conventorumque constantia et veritas; sic dicta, quia fiat quod dictum est.* Ex quo intelligitur non esse fidem, eoque nec bonam fidem, extra quam dictum quid promissumve est. At quam multa sunt in contractibus bonæ fidei, quæ servantur ex æquo et bono, de quibus prius nihil promissum aut dictum etiam omnino est, eoque ubi nulla fides est data? Nam, ut postea dicetur, ex hac æquitate præstantur pleraque de quibus nihil convenit. Pleraque contra, fide de his data, non præstantur. Ex quibus, illud sine fide et conventione fit, hoc etiam contra fidem datam: dici quidem possint fieri ista ex bono et æquo, at certe non possint ex fide, bona sive mala, quoniam de his nulla fides data sit. De quibus sic habendum puto.

XIX. Non sunt, ut dixi, hæc eadem aut idem significantia, bona fides, et æquum et bonum, seu æquitas. Unde bene Tryphoninus bonam fidem quæ in contractibus exigitur, dixit non summam æquitatem esse, sed *summam æquitatem desiderare*, ut ista res diver-

sas esse intelligeremus; nulla enim res diceitur seipsam desiderare, sed aliam. Sed, si in contractibus bonæ fidei, fides datur ex officio boni viri, de omnibus iis præstandis quæ sunt ex æquo et bono; recte bona fides dicetur istam æquitatem desiderare; quia bona fides quæ inde exigitur ut caussa, hanc præstationem tanquam effectum pariat. Ego autem ista omnia quæ in contractibus bonæ fidei ex æquo et bono præstari dicimus, præstari existimo ex bona fide, eaque data, ut fidem a Cicerone definiri supra diximus. Non præstantur omnia ex fide aperte data, quia sæpe de his nihil nuncupatum est verbis; sæpe etiam præstantur quædam contra fidem aperte datam; at præstantur ex fide tacita, et ea quæ ex his quæ geruntur intelligitur. Sciendum est enim, in iis contractibus et caussis quæ sunt bonæ fidei, negotium alios cum aliis gerere; in quo gerendo, vultu et oratione se viros bonos præstituros iis eum quibus res est, pollicentur; certe hoc ipso, quod se contrahere velle dicunt et aliquid consequi, tales se videri volunt. Nam cum sint ea negotia, ut postea dicetur, quæ mutua præstatione et obligatione constent; primum quidem hoc constat ita unumquemque erga se affectum esse, ut cupiat ab eo cum quo contrahit, sibi omnia in eo negotio recte præstari et ex boni viri officio. Quod quia ab illo tacite exigit, valde consentaneum est existimari ipsum, ut hoc ab illo impetret, eadem vicissim et de se polliceri. Et quidem ea vis est honesti in animis nostris, ut etiam qui vivunt turpiter et reipsa fraudant, tamen rebus externis boni viri haberi velint. Bene igitur et rei ac verbo convenienter factum, ut qui contrahunt, cum in negotio ea præstant quæ viros bonos decet, id est quod æquum et bonum est præstari, dicantur præstare ex bona fide, id est ex eo quod prius vultu, gestu et oratione pollicebatur, ac veluti se præstituros fidem dabant. Ut nihil aliud sit ex fide bona, quam ex officio bonorum virorum, quales se omnes hic profitentur et haberi volunt, *L. si in lege*, in pr. *D. loc.* Hoc vero officium summam illam æquitatem desiderat, quam Tryphoninus dixit. Ergo et bona fides quæ hoc officium pollicetur, ac promissum exigit. Idque ipsum est quod Cicero *lib.* 3. *de Offic.* scribit. Quintum Scævolam Pontificem Maximum dicere solitum, *magnam vim esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonæ nomen manare latissime; idcirco in his magni esse judicis statuere, præsertim cum in plerisque essent judicia contraria, quid quemque cuique præstare oporteret.* Magni, quia hoc ipsum magni esset et juris periti judicis statuere, quis esset vir bonus, quid ex æquo et bono; quæ omnia fidei bonæ verbo continerentur.

XX. Sed eo majoris, quod, inquit, *in plerisque essent judicia contraria*, id est, ut bene judicio meo Duarenus accepit ad *tit. de in lit. jur. num.* 21. quod in plerisque judicibus varia essent et contraria de eo judicia, ut et ille scribit, quod judices ipsi varie judicarent, et aliud illi judici videretur. Et vero id ita interpretandum omnino est; non autem de judiciis, id est actionibus contrariis quæ directis opponuntur, ut in commodato, deposito, mandato, §. *ex quibusdam, infra de pœ. tem. lit.* Non enim profecto contraria judicia sunt in directis judiciis, cum hæc et personis, et rebus ac præstationibus omnibus sint distincta, *L. ei apud*, in pr. *D. depo. L. in rebus*, §. *ult. D. com.* Sed nec dici possunt contraria judicia generaliter esse in quibusdam bonæ fidei judiciis, pro eo quod est, inter bonæ fidei judicia pleraque esse contraria; alioqui ita dicendum fuisset Ciceroni, præsertim cum in bonæ fidei judiciis pleraque essent judicia contraria. Postremo, ut recte diceretur in plerisque judiciis bonæ fidei esse judicia contraria, pro pleraque esse contraria; tamen nihil hoc plane pertineret ad amplificationem Ciceronis, quam ille in his verbis intelligi voluit. Non enim eo majoris est judicis et magis intelligentis tractare hæc judicia, et statuere quid quemque cuique præstare oporteret, quia inter hæc pleraque essent contraria. Immo contra, ideo minoris et minus intelligentis judicis tractare judicia contraria, quam directa; quia in contrariis solum de una re agitur, id est de indemnitate ejus qui agit, *d. L. ei apud, d. p.* directa autem multis et variis rebus ac præstationibus, iisque sæpe obscuris continentur. Sed tunc vere intelligimus in directis judiciis magni judicis esse de his rebus statuere, cum audimus ita has res esse varias, quas quemque cuique præstare oporteat, ut sint etiam cognitu obscuræ et difficiles, ac de his contraria sint judicia in plerisque judicibus. Sic enim intelligimus maxime per picacis esse judicis videre ac deligere in his quid sit rectum et æquum maxime.

XXI. Hoc intellecto de bona fide, magis tamen intellectum est quid sit in verbo, quam quid sit in re de qua quæritur. Superest enim adhuc illa quæstio, quid sit in his judiciis ex æquo et bono, quid ex officio boni viri; quæstio, si rem spectes, eadem:

certe non minus obscura quam illa quid sit ex bona fide: cum hoc ipsum statuere quid sit ex fide bona, ideo magni judicis es se dixerimus, quia hic quæreretur quid esset ex æquo et bono, quid ex officio boni viri. Et fuit olim res obscurior, quæ ideo majore eruditione et prudentia indigebat, cum nondum quid esset in hoc genere, comprehensum esset ullo certo jure aut interpretatione Jurisconsultorum. Post, ubi ista notata sunt et tradita ab his quorum scripta exstant in libris nostris, facta sunt omnia certiora, quæ hic sequamur; si tamen veterum sententias quæ huc pertinent recte accipiamus, et quæ sunt ab illis tam varie, tot locis, sine ulla certa regula de hac parte tradita, ad certa genera et ad certam aliquam præceptionem, quantum potest, revocemus: in quo etiamnum ab eruditis laboratur: nam ab Accursio et similibus veterum judiciorum ignaris, istarum rerum cognitio non est. Et eorum, quæ in judiciis bonæ fidei exiguntur ex fide bona seu ex æquo et bono, quæ quidem horum judiciorum propria sint, duo genera esse animadverto. Quædam sunt in eo, ut præstentur, quanvis de his nihil convenerit aut etiam dictum sit; quædam in eo, ut, quanvis de his aperte verbis convenerit, non præstentur; utrumque, quia ex fide bona, quia æquum et bonum. Ex his quæ præstanda sunt sine ulla conventione, quædam omnimodo præstanda sunt propter se ipsa; quædam hac conditione, si quis facto suo aliquid incommodi attulit adversario.

XXII. Sine conditione ulla præstari placet quæ sunt moris et consuetudinis, id est omnia quæ in hujusmodi negotiis in quaque regione frequentatur, et a contrahentibus inter ipsos illo more præstari solent, veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, *L. quod si nolit, §. quia assidua, D. de ædil. ed.* Atqui hæc talia sunt plerumque, ut de his ab hominibus, præsertim rerum et moris imperitis, ne cogitatum quidem sit in re contrahenda. Sed sunt omnia ejusmodi, ut, quia mos publicus ea injungit, æquum sit ob hunc morem ea præstari. Si quid incommodi facto unius ex contrahentibus allatum sit ab adversario, id, uti quæque res est, vindicari solet his judiciis. Hac autem parte, tria genera factorum coercentur quibus noceri solet adversario: reticentia dolusque omnis adhibitus in contrahendo; et, rebus jam contractis, rei deterioratio, et mora.

XXIII. Reticentiæ pœna adversus eos qui cum eum quo contrahunt, ex officio bonorum virorum monere alicujus rei debuerunt, et contra officium celarunt. De quo officio ita placuit, ut, si ab initio intersit unius ex contrahentibus quid scire ne aliter obligetur quam oportet, id si sciat alter, aperte dicere debeat, nec pati, commodi sui caussa, eum qui ignorat errare; veluti in emptione, si quid sit vitii morbive, si quid servitutum, si quid tributorum, si quid incommodi denique in re vendita, propter quod expediat emptori aut rem omnino non emere, aut non tanti aut non differre ejus usum longius; ut id dicat venditor emptori, quid sit, et dicat palam et aperte, non obscure vel ambigue; sed ita ut quivis intelligere possit id ipsum esse, de quo est controversia. Si celet emptorem, aut fallendi caussa obscure loquatur, aut etiam vafre insidioseve dissimulet, reticentiæ et dissimulationis pœna adversus eum constituta in id quod emptoris interest, *L. 1. §. 1. L. Julianus, §. idem Julianus, L. si sterilis, §. 1. L. in venditione, D. de act. empt. L. si vina, D. de per. et com. rei vend. L. quod sæpe, §. ult. L. ea quæ §. ult. D. de cont. empt.* Hoc ideo quia, cum bonæ fidei contrarius sit dolus, *L. 3. §. ult. pro soc. L. contractus, D. de reg. jur.* semper hunc a se abesse præstare debet qui contrahit in judicio bonæ fidei. *L. tenetur*, in fin. *d. L. Julianus, §. idem Julianus, de act. empt. d. L. ea quæ*, in fin. *de cont. empt.* Is autem in venditore esse intelligitur, non tantum si mentiatur, sed etiam si, lucri sui caussa, sciens quid reticeat vel malitiose dissimulet, *d. L. ea quæ*, in fin. *de con. empt. L. 1. §. 1. de act. empt.* de quibus plura in præstationibus empti et venditi cognoscenda sunt.

XXIV. Rebus contractis, non tantum hoc ex bona fide, ut quod debetur præstetur, sed etiam ut præstetur nec delerius et suo tempore ac sine mora. Deterius qui reddit, aut facto suo aut culpa, ita tenetur vetere actione, ut nec ipso jure liberetur, *L. et eleganter. §. non solum, D. de dol.* de quo scripsi pluribus ad *L. 3. D. de cond. trit.*

XXV. Sed et si debitor moram fecerit, æquum est creditori moram non nocere, eoque et post moram commoda ei præstari, quæ percepturus esset aut percipere potuisset, si mora non esset interposita.

XXVI. Hujus autem generis commoda tria: in re ne reddatur deterior: extra rem, in cæteris quidem rebus, fructus; in pecunia autem usuræ. Atque hinc etiam placet ista, in bonæ fidei judiciis, præstari ex mora. Re post moram deteriore facta, ex bonæ

fidei contractu nullo modo liberatur debitor, quin vetere actione ipsam integram restituere debeat, qualis fuit ante moram, *L.* 3. §. 1. *D. com. L.* 1. §. *si res deposita, D. dep,* de quo item ego plura ad *L.* 3. *de cond. trit.* De fructibus traditum in *L.* 3. in pr. *D. de usur.* De usuris diserte et generaliter in *L. mora,* §. *in bonæ, D. eod.* Ratio reddita in *L. usuræ, eod. tit.* quud usuræ vicem fructuum obtineant nec debeant a fructibus separari, in legatis, fideicommissis et bonæ fidei judiciis. Qua ratione, maxime confirmatur quod prius dixi de fructibus, fructus generaliter in his ipsis judiciis ex mora præstari. Nam usuras constat deberi ex mora, *d. L. mora,* §. *in bonæ, de usur.* Quod si usuræ in hac præstatione vicem et similitudinem fructuum obtinent, necesse est intelligi prius hanc ipsam conditionem fructuum esse, quam similitudo et exemplum ad usuras transferretur. Quæ cum præstentur in his judiciis sine ulla conventione, tantum ex mora, quia æquum est; ideo dicuntur non esse in obligatione, sed præstari officio judicis; item magis ex officio judicis, quam ex obligatione proficisci, *L. quia, D. de neg. gest. L. qui per collusionem,* §. *ult. D. de act. em. L. quæro,* in pr. *D. loc.*

XXVII. Quæ promissa cautave sunt, ut præstari non sit æquum, duabus de caussis accidit: vel quia ab initio contraxit promisitve quis, inductus dolo aut coactus metu; vel quia, re ab initio recte contracta, usitatam exceptionem aliquam postea nactus est, pacti, jurisjurandi, rei judicatæ, vel doli mali, quales describuntur, *infra tit. de except.* Si quid horum incidat in contractum bonæ fidei, æquitas judicii facit, idque horum judiciorum proprium est, ut qui defenditur his rebus, non teneatur ipso jure, nec desideret exceptionem. Primum hoc constat, si quid in bonæ fidei contractibus gestum contractumve sit ab initio dolo malo, ipso jure non valere. Ut puta, nulla est venditio, si quis circumscriptus sit in hoc, ut venderet, *L. et eleganter,* in pr. *D. de dol.* Similiter societas, si dolo malo aut fraudandi caussa coita sit, ipso jure nullius momenti est, *L.* 3. §. *ult. D. pro soc.* utrumque, ut est in *d. L.* 3. in fin. quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Ergo et si quid horum factum sit metu. Nam et metus dolum habet, *L. item si cum,* §. *pen. D. quod. met. cau.* et idem non minus contrarius consensui, nec minus contra bonos mores, quam dolus, *L. nihil consensui, D. de reg. jur.* Ex quo, recte hæc dicuntur non valere ipso jure; dum hoc sic accipimus, non valere jure civili, id est verbis et sententia juris de hoc genere contractuum constituti, vel ut olim, verbis ipsis judicii et formulæ. Jubentur enim ista in his judiciis æstimari ex bona fide. Verum est autem, secundum verba, quæ ita gesta sunt, bona fide gesta non esse. Ad hanc regulam referri oportet omnem præstationem quæ in his judiciis contra bonos mores desideratur; quam ideo dicitur bonæ fidei judicium non recipere, *L. generaliter, D. de usur.* Eodem pertinet quud dicitur, bonæ fidei contractus non pati iniquam conventionem, *L. ex empto,* §. *ult. D. de act. empt.* Hoc enim significatur, si adjecta sit, non valere.

XXVIII. De exceptionibus etiam quæ, post rem bona fide contractam, in his judiciis debitori natæ sunt, hæc veterum definitio est, has bonæ fidei judiciis inesse, bonæ fidei judicio contineri, *L.* 3. *D. de res. ven. L. hujusmodi,* 84. §. *qui servum, D. de leg.* 1. *L. sed etsi,* 21. *D. sol. mat.* Ut cætera in more veterum judiciorum instituendorum posita, docte et luculenter in lucem protulit Duarenus in *L. juris gentium, de pact.* et ad *tit. de in litem jurando;* sic superiorem definitionem veterum ex eo more natam recte sic accepit, ut diceret, adversus eum quidem qui his exceptionibus munitus est, reddi judicium bonæ fidei, si neget se teneri, aut se debere quod petitur (nam quomodo aliter diceretur exceptio judicio inesse, si judicium nullum esset constitutum?) sed ita reddi, ut quanvis reus non dixerit, quamobrem non teneretur, id est, quanvis exceptiones illas initio tum non objecerit et sit contestatus, ut includerentur judicio, et ut olim mos fuit, includerentur formula judicii; tamen vi et potestate judicii quod bonæ fidei est, insit judicio non minus, quam si in judicium nominatim essent deductæ litis contestatione: Insint autem ita, ut ad officium judicis pertineat, si postea allegentur, eas æstimare et cognoscere, et si veras cognoverit, reum inde absolvere.

XXIX. Inesse ergo judicio exceptionem tria continet: primum, non necesse esse exceptionem objici initio in lite contestanda et hanc in judicium nominatim deduci, ut insit judicio. Alterum, quanvis exceptio non sit objecta initio et nominatim in judicium deducta; tamen re vera judicio includi, eoque et ad officium judicis pertinere habere ejus rationem. Tertium, sic in hac re esse officium judicis, ut, re probata, debeat reus,

ex ea exceptione quæ judicio inerat, absolvi. Duo priora sic expressit Paulus in *L. plane, D.* de her. pet. *Benignius est,* inquit, *in prædonis quoque persona haberi rationem impensarum; non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere.* Addit, *et idipsum officio judicis continebitur, nec exceptio doli mali desideratur.* Apertius utrumque Scævola in *L. ult. eod. tit.* his verbis: *quæsitum est, cum paratus sit pater restituere hereditatem, habita ratione eorum, quæ in eum erogavit, an filius nihilominus perseverans petere hereditatem doli mali exceptione removeri possit. Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli.*

XXX. Quid est non desiderari exceptionem, aut non desiderari ut excipiatur? Non saoe hoc significat, non necesse esse unquam allegari a reo eas caussas, propter quas exceptio initio competeret. Nam qoomodo judex juris tui rationem habeat, te propterea absolvat, ubi jura tua non noverit? et quomodo nosse potest, ubi ea non alleges, et negante adversario probes? Sed hoc significatur non necesse esse eas caussas ita allegari, ut sint exceptiones judicii constituti, id est, ut initio objiciantur, quo ex his addatur jam a principio in judicium exceptio, qua actio et intentio actoris vel removeatur vel minuatur; id enim exceptio proprie significat, *L. 2. D. de exc.* Cæterum, exceptione harum rerum initio omissa, saltem ante rem judicatam desideratur ut, si actor de intentione sua probaverit, hic jura illa sua alleget reus, quibus a judice cognitis et probatis, absolvi debeat. Sic enim fit, quod ait Scævola, *ut ei consulatur;* sic fit quod Paulus ait, *ut ejus allegationis ratio habeatur.* Hoc autem esse officium judicis in hac re, ut reus hac de caussa absolvatur, quia exceptio contineatur bonæ fidei judicio, diserte scriptum est a Juliano in *d. L. hujusmodi, §. qui servum, de leg.* 1. Unde ergo hæc potestas judici has allegationes post rem judicatam æstimandi, quæ in judicium verbis deductæ non sunt? Nam ne frustra in bonæ fidei judicio hoc quisquam quæri existimet, generalis hæc sententia est, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse; et quidem usurpata io judicio communi dividondo, quod est bonæ fidei, in *L. ut fundus, D. com. divi.* Et potestas est non aliunde, quam ex eo ipso quod in judicium deductum et judici permissum est. Nam his judiciis, sive veterem formulam dandi spectes, sive jus quo ita prætor judicium dare cogebatur, quod etiamnum mansit, jubetur judex judicare ex fide bona. His verbis hoc continetur, ut qui exceptionem habet jure comparatam, non condemnetur; non est enim æquum bonum, eum cui exceptio aliqua data sit, qua totus esse debeat, condemnari, *Inst. de exc.* in pr. et deinceps; proinde nec ex bona fide.

XXXI. Hæc cum dicimus his judiciis contineri, sic accipimus ut contineantur, sive quid certum nominatim petitum sit, sive indefiuite, quantum judici videbitur ex bona fide. Olim quidem constabat; quia semper his judiciis addebatur Ex bona fide, aut quod eandem vim haberet, ut diximus. Nunc formulis sublatis cum jus manserit, idem nunc quoque judici datum intelligemus; nisi quis putat proprium esse horum judiciorum, ut actor nihil certum petat, sed tantum quantum alterum alteri præstare oporteat. Sed et potuisse olim, et nunc maxime posse certum peti his judiciis, puta rem venditam ex empto; pretium et usuras certas de quibus forte convenerit ex vendito; ut nihilominus intelligantur cætera vi et potestate judicii adjici, constat ex eo quod ex his caussis competit et competiit jam olim certi condictio, *L. in duobus, §. exceptio, D. de jurejur.* Non competebat autem hæc condictio, nisi ex iis caussis ex quibus certum petitor, id est peti potest, *L. certi,* in pr. *D. si cer. pet.*

XXXII. Sed et, cum superiora prope omnia maxime in facto consistant; puta aliquid frequentari in aliqua regione, rem fecisse deteriorem, in mora fuisse, dolum metumve adhibuisse, pactum intervenisse vel jusjurandum vel rem judicatam, ex quibus defensiones nascuntur reo; quarum rerum omnium quæstionem in hæc judicia venire diximus: vel hinc liquido apparet in his judiciis, similiter ut in strictis, facti quæstionem versari, non tantum juris; neque hic qoidquam proprium esse actionum bonæ fidei.

XXXIII Cætera com horom judiciorum propria esse dicimus, nempe hoc ipso negamus in strictis locum habere; ex quo intelligitur horum judiciorum differentia, propter quam necesse sit hæc genera inter se distingui, unde et singulorum vis et potestas quam quærimus. Id autem an recte negemus, sic plane constare poterit, si eadem illa repetita conferantur in his judiciis, et singula in his diversa statui, una actione ex testamento excepta, reperiemus.

XXXIV. Ac de iis quæ ex contractu præstari volumus, hæc juris certi distinctio est, ut placeat in bonæ fidei judiciis omnia

præstari officio judicis, quæ alterum alteri præstare æquum est, etiam sine conventione: in strictis autem judiciis ea demum de quibus convenit, nihil amplius, §. *ult. Inst. de obl. ex cons. L. quia. D. de neg. gest.* nisi si quid saltem natura judicii contineatur, *L. cum quid. D. si cer. pet.* Ideo de iis, quæ sunt moris et consuetudinis, nusquam traditum ea in strictis judiciis venire. Quinimmo cum dicitur nominatim ea in bonæ fidei judiciis debere venire: satis hoc ipso eadem a strictis judiciis removentur, *L. quod si nolit. §. quid assidua, D. de æd. ed.* Inde quoque in his, nec usuræ pecuniæ, nec fructus debentur ex mora. De usuris quidem jus certum, has ex mora in actionibus stricti juris non deberi, cum ubique ut debeantur ex mora, bonæ fidei tantum judiciis tribuatur, *L. mora, §. in bonæ, D. de usur. L. initio. C. de pac. int. em. et ven.* Sed adeo hoc verum est, ut ne debeantur quidem in his, post litem contestatam. Argumento est condictio indebiti, in qua pecuniæ indebitæ usuræ, nec post litem contestatam præstantur, *L. 1. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *L. lite. D. de usur.* lite contestata usuras currere, hanc sententiam habet, usuras quæ prius deberi cœperant, lite contestata nihilominus currere, id est earum cursum lite contestata non retardari, vel deberi cœptas lite contestata perseverare; quomodo dictum est longum tempus currere ei qui rem alienam esse postea cognovit; ubi significatur per longum tempus non incipere, sed perseverare usucapionem antea cœptam, *L. bonæ, 48. §. 1. D. de acq. rer. do.* Nequaquam autem hoc dicitur, usuras lite contestata incipere deberi, seu incipere currere. Nam si usuræ, post litem contestatam, non veniunt in indebiti condictionem quæ tamen condictio ex æquitate naturali est, *L. indebiti*, in pr. *D. de cond. ind.* multo minus in cæteris actionibus stricti juris quæ eadem æquitate non nituntur, usuræ post litem contestatam accedent. Denique jus certum est, usuras in strictis judiciis citra stipulationem non deberi, *L. 3. C. de usur. L. si pupilli, in fi.* juncta *L. quia*, seq. *D. de neg. gest.* De fructibus in his judiciis hoc servatur, ut post acceptum quidem judicium, ex æquitate præstandi sint, quia post judicium acceptum, id est litem contestatam, omnis caussa præstanda sit; at ante non veniant ne ex mora quidem, si quis actionem habeat ad id consequendum quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu, *L. videamus, §. actionem, D. de usur.* Hic et in fructibus et usuris excepta sunt legata ac fideicommissa. Actio ex testamento quæ ex his caussis nascitur, stricti judicii est, *L. 5.* in fi. et *L. al.as. seq. D. de in lit. jur.* Placet tamen in his fructus ex mora venire, sed et usuras, non secus quam in bonæ fidei judiciis, *L. 3.* in pr. *L. usuræ, D. de usur. L. in minorum, C. in quib. cau. in int. rest. nec. non est.* Haud dubium quin favore ultimarum voluntatum, quas publice etiam expedit quam maxime et citissime exitum habere, *L. vel negare, D. quem. test. ap. L. 1. C. de sa. ecc.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuerit, placet semper promissorem hactenus vetere actione liberari, ac si quid in eo fecit dolo, teneri tantum actione de dolo; sine dolo autem plane liberari, *d. L. et eleganter §. non solum, D. de dolo*; de quo etiam scripsi ad *d. L. 3. de cond. trit.* Quod attinet ad ea quæ, cum verbis cauta essent, volumus ex æquo et bono non præstari, sic de his jus est in strictis judiciis, ut si quis quid ab initio, deceptus dolo aut coactus metu, aut etiam errore suo inductus promiserit quod non debebat; nihilominus consistat ipso jure stipulatio, et promissor stipulanti obligetur; sed actio doli mali exceptione summoveatur, *L. dolo, C. de inut. stip. L. si quis cum aliter, D. de verb. obl.* Quod si, re ab initio recte contracta, aliquid intervenerit postea ex iis ex quibus exceptiones jure proditæ sunt, puta pactum, jusjurandum, res judicata, non minus et hic promissor eas exceptiones habebit. Quinimmo hæ maxime comparatæ sunt tuendorum reorum caussa in strictis judiciis, in quibus alioqui futurum erat, ut summo jure damnari deberent, *infra de excep.* in pr. et deinceps: sed nihil hic amplius consequitur promissor, et ab initio et postea, quam exceptionem; cum in bonæ fidei judiciis, ipso jure et potestate judicii, ex his caussis tutus sit is eum quo agitur.

XXXV. Quid ergo interest ipso jure quis non teneatur, an vero teneatur ita, ut actio per exceptionem infirmetur? Sane nihil, si quis exceptione sit usus, id est, si quis ab initio intentioni actoris objecit exceptionem, eamque hoc modo contestatus in judicium deduxit; id enim, ut ante dixi, exceptio significat, *L. 2. de excep.* idque est quod dicitur, nihil interesse, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *L. nihil interest, D. de reg. jur.* At finge initio exceptionem omissam, dum simpliciter negat reus se quidquam debere. Hic aliud bonæ fidei judicium, aliud strictum

omittenti tribuit. Prius reum liberat, quandocunque postea ante rem judicatam allegarit ea, propter quæ æquum sit eum non teneri. His enim cognitis, judex qui jubetur judicare ex bona fide, etiam secundum verba, id est, ipso jure recte eum absolvet, et quidem pro potestate sibi commissa; quoniam, sive quid ab initio dolo malo gestum est, verum est ipso jure id ex bona fide non valere; sive postea reo exceptio aliquo nata est, verum est eum bona fide, id est ex æquo et bono non teneri. Strictum judicium, exceptione quæ reo competebat omissa, judicem adstringit olim formulæ, nunc petitioni et litis contestationi, ut reum convictum promisisse, aut jure debere id quod negabat, condemnare debeat. Nec quidquam proderit reo, si postea exceptionem alleget. Semper enim hoc tenendum est, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse. *L. ut fundus, D. com. divi.* Non est autem deducta in judicium exceptio quæ initio omissa est in hoc genere judiciorum, in lite contestanda. Verbis quidem deductam non esse constat quam reus initio non est contestatus, idque ipsum et in bonæ fidei judicio diceremus. Sed nec potestate judicii stricti in judicium deductam dixeris, ut ea a judice æstimetur, quoniam in hoc genere judiciorum, hoc tantum judici commissum est, ut judicet de his quæ nominatim in judicium deducta sunt, non etiam infinite de omnibus quæ videantur ex æquo et bono æstimanda. Sic fit ut superiores exceptiones omnes recte dicantur ipso jure, id est et secundum verba, judicio bonæ fidei inesse; in strictis autem judiciis non inesse, quia potestate judicii non insint, sed tantum in judicium nominatim deductæ. Unde rursum evenit, ut non sit necesse eas contestari initio in bonæ fidei judiciis, quæ, etsi non excipiatur, insint tamen, ut supra ostendimus. In strictis autem judiciis, necesse sit eas initio contestari; alioqui omissæ eo judicio nihil prosint: et ita jus est pene diserta traditum in *L. si quidem, L. præscriptionem, C. de excep.* Ex quibus etiam intelligimus quid in judicio exercendo inter hæc intersit, ipso jure quem ex his caussis non teneri, et non teneri per exceptionem; quæ in usu juris inter se opponuntur. *L. qui servum* §. 1. *D. de obl. et act.* Qui ipso jure tutus est, licet ei tuto in lite contestanda negare ullam esse obligationem contractam, aut ullo modo se teneri; adversus quem si probetur postea aliquid ante gestum esse ex quo obligatio oritur, satis tamen tutus sit, si referat ex adverso ea intervenisse, propter quæ eum ipso jure eo judicio tutum esse diximus, et ea intervenisse doceat. Quem autem dicimus tutum esse per exceptionem, is, in lite contestanda, ita necesse habet de obligatione summo jure contracta confiteri, ut de ea confessus, nihilominus exceptionem objiciat, qua fiat ut non debeat condemnari.

XXXVI. Illæ differentiæ inter hæc judicia recipiendæ non sunt, quas quidam putant, ut si res debita deterior facta sit ab aliquo quam a debitore, in bonæ fidei quidem judiciis teneatur eo nomine, si post moram deterior facta sit; in strictis autem non nisi ex tempore litis contestatæ, *arg. L.* 3. §. *in hac, D. com.* item, ut si in bonæ fidei judicio, puta emptione, in materia dissensum sit, veluti si æs venditum sit pro auro, nulla sit emptio, *L. in venditionibus,* §. *ult.* et *L.* seq. *D. de cont. em.* in stipulatione contra, si quis stipulatus sit æs pro auro, teneat stipulatio ejus corporis promissorem, *L. si id quod aurum,* 22. *D. de ver. obl.* Nam de mora ego didici, generale illud esse in omni obligatione, culpa eoque et mora perpetuari obligationem, nec minus in stipulatione, quam in bonæ fidei judiciis *L. si servum,* 91. in pr. et §. *sequitur, D. de verb. oblig.* Quod eam sententiam habet ut, qualis quæque res fuit quo tempore mora facta est, talis præstari debeat; ut dicendum sit, sive perierit res postea, sive deterior facta sit, utroque nomine debitorem etiam ex stipulatione teneri, *L. nemo,* 82. §. 1. *D. de verb. obl.* Et ideo Ulpianus in condictione tritiçaria, quod judicium nequaquam bonæ fidei est, scripsit, si res petita deterior facta sit post moram, ad tempus moræ reducendam esse æstimationem, *L.* 3. *D. de condict. trit.* Nec quem moverit quod supra diximus ex contractu stricti juris nihil amplius deberi, quam rem quæ promissa est. Ne nunc quidem id mutamus. Mora enim facit ut quod de re post moram decessit, adhuc exstare videatur, *d. L. nemo* §. 1. *de ver. ob.* Ita plane hac parte inter bonæ fidei judicia et stricta nihil interest; de quo scripsi plura in commentario de mora, et ex professo ad *d. L.* 3. *de condict. trit.* Quod attinet ad errorem contrahentium in materia, sane hic aliter infirmat emptionem, aliter stipulationem; sed differentiæ ratio, non ex potestate horum judiciorum est, sed ex dissensu qui in eo est, qui in materia errans, rem certo pretio in materiam dictam emit: non est in stipulante, qui corpus certum stipulatur, nullo pretio interveniente quod pro ea præstet, ut exposui ad *d. L. si id quod aurum, de ver. obl.* Cum sit vis hæc

et potestas horum judiciorum, jam puto intelligi quam verum sit illud quod de usu hujus divisionis proposui: ex ea videlicet assequi nos quæ quantumve, pro potestate horum judiciorum, petere et consequi per judicium liceret.

XXXVII. *Bonæ fidei sunt hæ.* Hactenus tamen magis dictum est quales sint bonæ fidei et stricti juris actiones, quam quæ sint. Diximus enim utrasque appellatas esse ab ea potestate judicandi quæ in his judici data est; priores quidem dictas, in quibus libera hæc potestas data est ex bono et æquo judicandi; stricti juris contra, in quibus hæc potestas adstricta et conventioni et judicii petitioni. Adjecimus quid ista potestas in utroque genere contineret; id est, in bonæ fidei judiciis quid tribueret libera, in strictis quid detraheret adstricta. Sed relinquitur adhuc hæc quæstio, quæ sint illæ actiones, in quibus hæc aut illa potestas tributa est judici, id est quæ sint hujus aut illius generis actiones. Id vero præstat hoc loco et §. *seq.* Justinianus. Enumerat quidem solum actiones bonæ fidei; sed si omnes hujus generis, ut facere eum inter omnes convenit, hac enumeratione consequitur ut non minus intelligatur quæ sint stricti juris. Omnibus enim comprehensis, necesse est quæ relinquuntur, bonæ fidei non esse. Hæ autem ex divisione sunt stricti juris, nisi sint ex genere earum quas mox vocat arbitrarias. Quare hoc videamus quæ sint bonæ fidei. Et certas in hoc numero recenset Justinianus ab hoc loco usque ad §. *in bonæ.* Qua in enumeratione tria hæc nobis quærenda sunt: Primum, an sint omnes bonæ fidei, quæ hic nominantur: Secundum, an solæ, ac præter has nullæ: Tertium, cur hæ potius, quam cæteræ. Quod quærimus, an omnes hic appellatæ sint bonæ fidei, propter actionem depositi quærimus. Nam hæc non tantum in simplum est ex omnibus aliis caussis, quam hactenus bonæ fidei esse inter omnes convenit; sed etiam in duplum de eo quod, tumultus, incendii, ruinæ, naufragii caussa, depositum sit, *L.* 1. §. 1. *D. depo.* Etiamne ergo ex his caussis bonæ fidei erit, ut fructus et usuræ pecuniæ dupli ex mora accedant, ut fit in bonæ fidei judiciis? *L. mora*, §. *in bonæ*, *L. usuræ*, *D. de usur.* Et puto hactenus quoque esse bonæ fidei. Generaliter enim hic scriptum est, depositi actionem bonæ fidei esse. Atqui ex superioribus caussis depositi actio est, et quæ in duplum competit. Nec ad rem pertinet quod duplum pœna est, magis ex maleficio constituta, quam negotio gesto. Non enim eo minus hæc pœna depositi actione petitur; nec minus depositum est, quamvis delictum in eo versetur, *L. ex contractibus, D. de obl. et act.*

XXXVIII. Sed an solæ bonæ fidei, quæ hic enumerantur, ac præter has nullæ? quod secundo loco quærebamus. Quæstio in eo est, utrum omnes hic enumerentur quæ sunt bonæ fidei. Et probandum est quod receptum est sententia communi, propositum fuisse Justiniano omnes hic enumerare; ideo solas eas esse hujus generis, quæ hic recenseutur, præterea nullas. Hujus sententiæ argumenta hæc sunt non dubia. Primum, in his actionibus proponendis non dicit: Bonæ fidei sunt hæ, veluti ex empto vendito, locato conducto et cæteræ, ut fit, cum exempli caussa quasdam proponere volumus, non omnes, sed ὁριστικῶς: Bonæ fidei sunt hæ: ex empto vendito, et quæ sequuntur, indicans se quæ sint hujus generis professo pronuntiare. Id quod ita esse certius statuemus, observato more huic ipsi usitato, maxime sub hoc titulo; qui cum vult rem non definire, sed exemplis indicare, uti solet his particulis similitudinis, ut, veluti, ut in §. *sed istæ*, §. *in personam*, §. *rei persequendæ*, *supra* §. *præterea*, *infra eod. tit.* Deinde ut sciremus nullas eum omittere voluisse, etiam illas adjecit sedulo, de quibus dubitatio erat; docens has quoque esse bonæ fidei, ut petitionem hereditatis, et actionem ex stipulatu quæ pro dote competit. Quod certe non faceret, nisi omnes quæ essent, vellet complecti. Exemplis enim cum rem demonstrare volumus, non colligimus omnia; sed paucis et his certis tantum utimur, contenti id quod dicitur, rebus notioribus indicare. Sed quod ad rem maxime pertinet, videndum est quid agat, quove spectet hæc divisio. Nempe ut ostendat quod divisione expressum est, quasdam esse actiones bonæ fidei, quasdam stricti juris. Atqui quæ sint hujus generis, ex his verbis nihilo magis intelligitur, quam si nihil dixisset. Non satisfacit igitur divisioni propositæ, nisi quænam hæ sint, ordine deinde aperiat. Et hoc facere velle eum apparet, cum subjicit, Bonæ fidei sunt hæ, ex empto vendito, et cæteræ. Hoc vero consequi qui velit, necesse est, quænam istæ sint actiones, aut definitione generis explicet, aut singularum numero ostendat. Exemplis enim quibusdam res non demonstratur, cum possint aliæ pleræque esse ejusdem generis, quæ propterea non occurrunt. Definitio hic nulla est. Enumeratio igitur sit oportet, quæ sequitur, earum actionum quæ sint bonæ fidei, et

quidem ita, ut hinc intelligatur cæteras esse stricti juris; de quo etiam genere propositum erat. Alioqui duo hæc maxima vitia in hac divisione sequentur, quod nec de priore genere tantum dixerit quantum satis est ad actiones ejus generis cognoscendas, et de posteriore nihil omnino dixerit.

XXXIX. Actiones tamen hic enumeratas eum solas bonæ fidei esse dicimus, sic accipi debet, ut contineantur non tantum directæ quæ opponuntur contrariis, ut mandati, commodati, depositi; sed etiam ex iisdem caussis contrariæ, *L.* 5. in pr. *D. de ob. et act.* Nam et contrariæ similiter mandati, commodati, depositi actiones dicuntur, *§. ex quibusdam, infra de pœ. tem. lit.*

XL. Nec minus utilis ex iisdem caussis continetur, puta, negotiorum gestorum adversus curatorem, *L.* 3. *C. de trans.* quæ tamen dicitur negotiorum gestorum utilis, *L. curatores, C. de neg. gest.* Sed, si in lege vel hujus vel illius actionis appellatione continetur directa, quæ ex verbis ipsis legis est; non minus ex eadem lege intelligetur actio utilis quæ sit ejusdem nominis, quoniam utilis est ex legis sententia, *§. ult. Inst. de leg. Aquil.* Verbum autem ex legibus, non minus accipitur ex legum sententia, quam ex verbis, *L. nominis*, *§.* 1. *D. de verb. signif.*

XLI. Qua ratione et protutelæ actionem, et bonorum possessoriam hereditatis petitionem, et petitionem hereditatis fideicommissariam recte bonæ fidei actiones esse dicemus. Certe protutelæ actioni eadem tribuuntur, quæ tutelæ, *L.* 1. *§. in protutela, L. pen. D. de eo qui pro tut. neg. gest.* Posterioribus autem petitionibus eadem, quæ petitioni hereditatis directæ, *L. ult. D. de bo. pos. her. pet. L.* 1. *L.* 2. *D. de fid. her. pet.* Neque hoc, præter enumerationem hujus loci, quasi hic sint prætermissæ; enumerantur enim inter bonæ fidei judicia actio tutelæ, et petitio hereditatis. At protutelæ actio est actio tutelæ utilis ex eadem æquitate et utilitate comparata, *L.* 1. in pr. *D. de eo qui pro tut.* Petitiones autem hereditatis bonorum, possessoria et fideicommissaria, nihil aliud quam hereditatis petitiones utiles; quippe de bonorum possessione et fideicommisso hereditatis; quæ duo, jure prætorio et senatusconsultis, pro hereditate habentur, *L.* 1. 2. 3. *de bo. pos. L.* 1. *D. ad Treb.*

XLII. Hoc amplius, et quem contractum olim esse constitit unum ex iis qui hic enumerantur, etsi incertum esset quis proprie et peculiariter; eum sciemus etiam nunc in eodem numero haberi debere, etsi forte certam definitionem postea et pleniorem acceperit ex constitutionibus, neque hic novo nomine suo appelletur. Qualem bene judicavit Connanus contractum empyteutieum. Hunc constitit inter veteres, aut emptionem esse et venditionem, aut locationem et conductionem, etsi utrum esset dubitabatur, *§. adeo, Inst. de em. et vend.* Sed utrumvis horum esset, sententiæ huc concurrebant, ut esset bonæ fidei, et ex his qui hic nominantur. Postea Zeno voluit contractum esse ab utroque illo separatum, et conceptionem definitionemque habere propriam, *L.* 1. *C. de jur. empt.* Non ideo hoc effeciet, ut jam non putetur bonæ fidei, quia hic jam appelletur contractus emphyteuticus. Sic enim Zeno novam vim huic contractui dedit, non ut minueret veterem, sed ut, eam retinens, etiam augeret.

XLIII. Cæterum, extra has, nullæ bonæ fidei. Et breviter, sic enumeratio hujus loci accipietur, ut quæ non sunt in hoc numero vel ex verbis, vel ex sententia legis, bonæ fidei non habeantur; omninoque hic vere licet usurpare quod Modestinus in una specie donationis scripsit, ideo cæteras bonæ fidei actionum jure non uti, quia in bonæ fidei contractibus non deputentur. *L. eum qui, D. de donat.* Hoc enim, quia in hoc genere aliqua non deputetur, sic recte hic accipiemus, quia non deputetur hoc loco, ubi ex professo enumerantur quæ sunt hujus generis. Atque hinc factum ut simul intellectum sit cæteros esse stricti juris. Hinc illæ certo jure stricti juris habitæ, ex stipulatu, ex testamento, *L. in actionibus*, vers. *plane*, juncta *L. alias seq. D. de in lit. jur.* ex donationis caussa, *d. L. eum qui D. de don.* condictio indebiti, *L.* 1. *L. de cond. ind.* et reliquæ condictiones; item actiones pœnales ex maleficiis et similes; et generaliter omnes quæ hic non appellantur, ne necesse sit omnes species persequi; non alio argumento certiore videlicet, quam quod hic non enumerantur.

XLIV. De quibusdam tamen dubitatum, quas constet nec directas esse eas quæ hic appellentur, neque utiles. Dubitatum autem ideo, quia quædam sunt similes iis quæ hic commemorantur; quædam etiam ex bona fide, aut bono et æquo esse dicuntur. Prioris generis duæ, actio de precario, et finium regundorum. Posterioris hæ, condictio sine caussa, actio funeraria, actio injuriarum, actio de sepulcro violato, actio adversus judicem qui male judicavit. Precarium dicitur simile esse commodato in *L.* 1. *D. de prec.* cur non igitur precarium bonæ fidei, ut commodatum? Quid, quod etiam dicitur actio præscriptis verbis de precario oriri ex bona fide in *L.* 2. *D. eod.*? Actio finium regundorum adeo

similis actioni familiæ erciscundæ et communi dividundo, ut ubique tria hæc judicia conjunctim numerentur, ubique inter se comparentur, *L. in tribus*, *D. de jud*. *L*. 2. §. 1. *D. com. divi*. §. *quædam*, *supra hoc tit*. §. *si familiæ*, et duobus seqq. *infra de off. jud*. Cur non ergo actio finium regundorum item bonæ fidei, ut familiæ erciscundæ et communi dividundo?

XLV. De posterioribus ita legimus. Condictio sine caussa, eoque et indebiti, dicitur ex bono et æquo introducta in *L. pen. D. de con. ind*. Funeraria actio ex bono et æquo oriri in *L. et si quis*, §. *hæc actio*, *D. de relig*. Injuriarum actio ex bono et æquo esse in *L. non solum*, §. 1. *D. de injur*. Actio de sepulcro violato, in id quanti ob sepulcrum violatum æquum videbitur, *L*. in pr. *D. de sep. viol*. Unde et dicitur in bonum et æquum concepta in *L. pen. D. eod*. Actio in factum adversus judicem qui male judicavit, similiter in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, *L. ult. D. de ext. cogn*. Quid ni igitur et hæ dicantur bonæ fidei, in quibus res geritur ex bona fide atque æquo et bono, ut in his quas bonæ fidei dicimus? §. *in bonæ*, *infra*. Sed si recte statuimus, quæ hoc loco in bonæ fidei actionibus non deputantur, eas bonæ fidei non esse; non sunt eæ quas dixi, bonæ fidei.

XLVI. Exemplo est, inter cæteras, actio de precario, et condictio indebiti; quarum in priore fructus præstantur tantum a tempore litis contestatæ, *L. quæsitum*, §. *ex hoc D. de prec*. in posteriore usuræ pecuniæ indebitæ non veniunt, ne post litem quidem contestatam, *L*. 1. *C. de con. ind*. quorum tamen utrumque contra fit in bonæ fidei judiciis, ut ante diximus. Nec nos moverit similitudo superior istarum actionum, aut æquitas. Nam nec priores similes sunt in eo de quo agitur; et in posterioribus quod fit ex bona fide, non est id ex quo bonæ fidei actiones appellantur. Precarium simile est commodato; sed in eo, quod utrumque petenti utendum datur *L*. 1. *D. de prec. L*. 1. *De com*. Illud dissimile, quod ad ista genera in hac re distinguenda pertinet, quod in commodato, non solum accipientis, sed etiam dantis negotium geritur, dum id agitur ut qui accipit, rem commodatam curet ut bonus et diligens paterfamilias faceret; alioqui culpæ et negligentiæ omnis nomine teneatur. Precarium autem magis ad donationes et beneficii caussam, quam ad negotii contracti speciem spectat, ut est in *L. interdictum*, *D. de prec*. Unde etiam placet eum qui precario rogavit, culpam in precario non præstare, sed solum dolum et culpam dolo proximam; aliter atque in commodato, in quo is qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam præstat. Neque id alia de caussa, quam quod totum precarium ex liberalitate descendat ejus qui precario concessit: hæc Ulpianus in *L. quæsitum*, §. *eum quoque*, *D. de prec*. Atque hinc præcipua caussa cur precarium non sit contractus bonæ fidei; quoniam hujus generis notam in contractu hanc esse volumus, si negotium mutuum inter aliquos geratur, ut postea dicetur.

XLVII. De finium regundorum actione idem judicandum est. Hoc quidem judicium duplex est, et hactenus simile familiæ erciscundæ et communi dividundo judiciis. Sed in eo dissimile, quod caussam bonæ fidei judicii continet, quod in illis familiæ erciscundæ et communi dividundo, negotium mutuum et commune inter coheredes et socios geritur. In finium regundorum judicio, solus sibi rem gerit qui convenitur, dum partem aliquam ultra constitutos fines sibi occupat: soli, inquam sibi, non vicino.

XLVIII. Quod attinet ad eas, quæ dicuntur ex æquo et bono oriri, aut esse introductæ; facile judicium est, non ideo eas bonæ fidei existimari debere. Non enim bonæ fidei actiones ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi, et caussa sit ex bona fide; sed quia, ut supra dixi, in his omnia dijudicantur ex bona fide, non tantum quæ præstanda non sunt, sed etiam quæ sunt præstanda; ut si quid æquum sit et ultatum præstari, id præstetur etiam sine conventione. Quod non fit in istis actionibus quas ex æquo et bono esse diximus. Nam in condictione indebitæ pecuniæ, non accedunt usuræ ex mora, ac ne ex lite quidem contestata, *d. L*. 1. *C. de cond. ind*. Funeraria actio certa summam edicto præfinitam habet, quam persequatur, nempe quod funeris caussa sumptus factum erit, nihil amplius, *L. si quis*, 12. §. *prætor*, *D. de relig*. Sic et injuriarum actio nihil nisi pœnam certam constitutam edicto, injuriæ scilicet æstimationem, §. *pœnà*, *Inst. de injur*. Quod autem actio de sepulcro violato, et actio adversus judicem qui male judicavit, dicuntur esse in id, ut condemnetur reus quantum ob eas res æquum videbitur; non significat omnia quæ æquum sit alias præstari, venire in has actiones, sed solum facti ipsius æstimationem; et eam quidem, non quæ ab initio sit certa, sed quam judex in sententia dixerit; ut hic in præteritum tempus neque fructuum, neque usurarum pecuniæ

quæstioni locus esse possit ex bona fide. Sed et quod ad omnes istas in commune pertinet, nullum in his negotium geritur mutuum, sed tantum res agitur actoris, qui reo vicissim in his judiciis præstare nihil debet. At ita sunt bonæ fidei actiones, ut aint fere de mutuo negotio et obligationem mutuam habente (quam recte, de eo jam dicemus); certe sunt ejusmodi, ut in his judex æstimare debeat, quid alterum alteri præstare oporteat ex æquo et bono, §. in *bonæ, infra L.* 5. in pr. *D. de obl. et act.*

XLIX. Deinceps ergo, quod tertium propositum erat, videamus cur hæ potissimum habitæ sint bonæ fidei, quæ hic enumerantur, cæteræ non item. Et Ciceronem animadverto *lib.* 3. *Offic.* cum judicia posuisset quædam bonæ fidei, subjicere hæc verba *quibus vitæ societas continetur.* Ejus autem verba hæc sunt: *fideique nomem existimabat* (Scævola) *manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, locatis conductis, quibus vitæ societas continetur.* Quibus verbis videtur reddidisse rationem cur, in his maxime, rem ex bona fide geri judicarique placeret; scilicet quia sine his societas humani generis stare non posset. Etenim si attendatur, reperientur omnes esse contractus ejus generis, qui versentur in commutatione rerum officiorumque, qua hæc vita carere non potest. Quæ et ratio a plerisque doctis viris reddita est. Sed videndum, ne non sit hæc satis. Qui minus enim ad vitæ societatem pertinet mutuum, precarium, donatio? quibus indigentia nostra sublevatur, fortasse etiam magis quam commodato. Quid stipulatio, ut jus est de pactionibus constitutum? Ita necessaria, ut eum conventionibus abundet hæc vita, quas inter homines ratas esse hominum intersit, ea civilis hæc et quotidiana vita carere non possit; quæ una ad firmandas hominum inter ipsos conventiones jure civili inventa est. Ac cum inter bonæ fidei judicia etiam petitio hereditatis numeretur; qui minus illa judicia videri possunt ad vitam necessaria, quibus res alias nostras, quæ apud alios sint sine caussa, condicimus, aut quibus res nostras vindicamus; item cætera quæ sunt de damno dato, et omni eo quod nobis abest, persequendo? Haud scio igitur an rectissime dixerimus, quod Hotomanus noster animadvertit in hunc locum, ideo eas actiones quæ hic recensentur, potius bonæ fidei esse habitas quam cæteras; quia in omnibus, excepta una petitione hereditatis, reperietur mutuum negotium geri inter aliquos; ex quo sic unus aliquid præstet alteri, ut huic vicissim obligetur alter. Id quidem in emptione venditione, locatione conductione, societate, permutatione. Præscriptis verbis actione quæ de æstimato proponitur, quando hic negotium ad venditionem aut locationem accedit, perspicuum est. Ne id quidem obscurum in iis contractibus ex quibus mutuæ illæ sunt actiones, directa et contraria, cujus generis sunt commodati, depositi, pigneraticia, mandati, tutelæ negotiorum gestorum. In dote quoque, ut maritus obligatur mulieri, ut dotem soluto matrimonio reddat; ita vice mutua mulier ut impensas quæ ad perpetuam rei utilitatem factæ sunt, rependat. Sed et in hoc, ut dotem esse præstet. Quorsum ergo hæc mutua in his præstatio ad omnia ab utroque ex bona fide exigenda? Non utique solum, quia sit ex re utriusque contrahentium; dici enim potest multa esse in rem utriusque in contractu, quæ tamen non ideo debeant præstari; sed quia, in hujusmodi negotiis, ita est ex eorum inter quos res agitur, communi voto omnia ex bona fide præstari, ut sit etiam ex naturæ regula hoc ipsum recte exigi ab adversario. Nam si singulos cogitamus, sic omnes in omni negotio etiam non mutuæ obligationis affecti esse intelliguntur, ut cupiant eos cum quibus rem habent, se adversus se quam optima fide gerere, omnia sibi præstare bona fide, sine dolo malo, sine frustratione; et denique ut inter bonos bene agier oportet, ut erat vetus fiduciæ formula. Sed non ut quisque id sibi præstari vult, ita continuo sine conventione recte exigat ab adversario, nisi hoc ipsum æquum sit recte ab illo exigi. Atqui hæc æquitas evidens est in negotiis istis mutuæ præstationis et obligationis. Nam et adversarius ipse qui eodem modo pro se affectus est, eadem illa sibi quoque præstari postulat, et expectat ab altero quæ supra dixi. Nihil æquius quam, quod sibi ipse præstari vult, eadem et ipsum in eadem caussa eidem illi præstare. Estque hoc, ex æquitate naturæ manifesta, expressum edicto prætoris in hæc verba: *Quod quisquis juris in alium statuerit, ut ipse eodem jure utatur, L.* 1. *D. quod quis jur.* Quod si hoc commune votum est utriusque, jam apparet, ut res ita geratur, recte invicem inter ipsos et desiderari, et admitti.

L. Ad hoc confirmandum, quod certius argumentum afferre possumus, quam quod omnia judicia earum rerum in quibus negotium non geritur utrimque, bonæ fidei non esse reperiuntur? Si quod est negotium, ai contractus, in quo merito videatur creditor posse a debitore omnia, in eo præstando

quod debetur, ex fide bona exigere, est mutuum, præsertim si est gratuitum. Id enim a liberalitate et officio proficiscitur non minus quam commodatum, ac plus etiam transfert in accipientem. Nec vero quidquam turpius quam, cum beneficium acceperis, non quantum possis, optima fide reddere. Id tamen judicium bonæ fidei non est. Si moram, exempli gratia, in pecunia præstanda feceris, non ideo usuras citra stipulationem debebis. *L. 3. C. de usur.* Cur tandem hoc tam dissimiliter a commodato, in caussa, ut videtur, tam pari, aut etiam majori? Quia nihil erat, scilicet in mutuo, quod vicissim præstandum esset debitori, in quo cum debitor a creditore bonam fidem sibi præstari vellet, hanc eandem creditor vice mutua recte ab illo exigeret, ut pro ipsius sententia et voluntate. Hac de caussa, ex stipulatu actio qua promissor tantum tenetur, stricti judicii est, *d. L. in actionibus*, in fin. et *L. alias, seq. de in lit. jur.* Ex testamento adeo actio in eadem caussa, *d. L. alias eod.* Ejusdem generis condictiones omnes, etiam quæ naturalem repetitionem habent, qualis indebiti, *d. L. 1. C. de cond. ind.* De pœnalibus actionibus quæ nascuntur ex maleficiis, non dubitatur, quippe omnes ejusmodi, in quibus unus obligetur; quem, cum dicere non possimus bonam fidem sibi præstari velle a creditore, cum ei a creditore nihil debeatur; non est etiam, quod pro ipsius voto, possit hæc ipsa bona fides ab eo exigi.

LI. An vero quod dicimus, ex finium regundorum actione non aperte intelligitur? Hæc inter bonæ fidei judicia non numeratur hoc loco. At familiæ erciscundæ actio numeratur, item communi dividundo. Hæc vero justissima caussa erat, si nihil aliud obstaret, cur adjiceretur et finium regundorum. Sunt enim hæc judicia tria cæteris omnibus in rebus ejusdem potestatis, et, ut dixi, ubique inter se comparantur; quamobrem et ubique conjungi solent. Mixta sunt tam in rem, quam in personam, *§. præterea, supra eod. tit.* Duplicia sunt, *d. L. in tribus, D. de jud. d. L. 2. §. 1. com. divi.* Id est, ejusmodi, in quibus uterque actor est et reus, *L. judicium communi, D. fin. reg.* Si hæc cæteris rebus similia, quid caussæ est, si familiæ erciscundæ judicium, et communi dividundo bonæ fidei sunt, quin sit et finium regundorum actio? Omnino nihil relinquitur aliud, quam quod familiæ erciscundæ judicium et communi dividundo ex negotio communi gesto tanquam ex societate nascantur, ubi unus ex coheredibus, aut sociis rei communis non tantum obligatur alteri, sed etiam unus et negotium suum gerit, et socii. In finium regundorum judicio contra. Qui enim amplius possidet quam patiuntur fines de quibus regundis agitur, is possidet tanquam suum, non tanquam commune: rem sibi gerit, non vicino. Quod, si qua in re personalis actio est in ea specie, magis ex maleficio aut quasi maleficio actio est, propter dejectos aut perturbatos fines, quam ex contractu. Unde in *§. item si inter, supra de obl. quæ ex quas. contr. nas.* cum de his actionibus ageret Justinianus, communi dividundo et familiæ erciscundæ actiones, sicut et negotiorum gestorum actionem, ex quasi contractu oriri dixit, finium regundorum prætermisit.

LII. Sed unum genus nobis obstat, petitio hereditatis, quæ cum numeretur hoc loco inter judicia bonæ fidei, mutuum tamen negotium nullum habet ex quo petitor possessori obligetur, aut quid præstare debeat. Nos videamus, ne quod de hac specie scribit hoc loco Justinianus, multo certius confirmet superiorem sententiam. Ait enim usque ad sua tempora incertum fuisse, an inter bonæ fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset an non; se autem ut bonæ fidei esset, constituisse, ex *L. ult.* in fin. *D. de pet. hered.* Quid ergo fuit, cur hoc dubitaretur apud veteres? Nempe hoc ipsum quod nunc objicitur, quod inter heredem et possessorem hereditatis nullum negotium mutuum gereretur, unde alter alteri esset obligatus, quæ tamen nota fuit actionum hujus generis. Aut quæro, quæ, in tantæ auctoritatis et tanti momenti judicio, alia justa caussa hujus dubitationis afferri potuerit. Dixerit aliquis, postquam obtinuit ut hæc bonæ fidei actio esset; nunc saltem eo rem rediisse, ut possit actio esse bonæ fidei quæ nullum negotium et obligationem mutuam habeat. Sed hoc in petitione hereditatis tantum receptum esse animadvertendum est. Hæc non mutat regulam et notam superiorem, sed confirmat; excipitur enim hæc una ex omnibus. Excipiendi ratio non una. Mitto, quod res magna in eo judicio versatur, nempe hereditas, de qua et centumvirali judicio apud Romanos agebatur; ea judicii auctoritate, ut nihil in præjudicium ejus fieri debeat, *L. Divus*, in fin. *D. de her. pet. L. ult. C. eod.* Hoc, inquam, mitto; quia fortasse parum ad id de quo nunc quæritur. Erant enim et alia permulta de quibus agebatur centumviralibus judiciis, quæ non eo magis erant bonæ fidei, de quibus Budæus in *annotat. ad Pandectas.* Illud præcipue ad superiorum negotiorum naturam proxime accedit, quod universitas rerum quæ hereditate continebatur, fecit ut hereditatis admi-

nistratio committeretur possessoribus, eaque fidelis et diligens. Quæ res etiam ad heredem qui agit, pertinet; ut hic res a negotiorum gestione non multum abesse videatur, atque ita fiat ut, quemadmodum in hac administratione si quid impenderit, gesserit, cupiat ejus ex bona fide rationem haberi; vicissim quoque hanc ipsam bonam fidem petitor ab eo recte exigat. Hinc impendendi et curandi necessitas possessori injuncta, ac de impensis et pretiis rerum venditarum, ex bona fide tanquam ex negotio gesto, jus dici cœptum. *L. plane, D. de her. pet.* Hinc tanquam in negotiorum alienorum administratione præstationes personales hic constitutæ, et hæ mutuæ. Nam et possessor de pretiis rerum hereditariarum, deque iis quæ a debitoribus exegit, genere quodam personalis actionis tenetur, *D. sed etsi. §. petitio. D. de her. pet.* et si quæ res hereditatis caussa emptæ sunt, quanvis pecunia possessoris, ut eas reddere debet, sic petitor pretium restituere cogitur, *L. item veniunt, in pr. D. de her. pet.*

## FUERAT ANTEA.

### §. XX.

*Ex stipulatu actio de dote repetenda, cur sola data mulieri a Justiniano, vetere actione rei uxoriæ sublata.* I.
*Singularia hujus actionis.* II.
*Mulierem in caussa dotis, non præferri ex privilegio creditoribus expressam conventione hypothecam habentibus.* III.

Fuerat antea et Rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito Rei uxoriæ actione sublata, Ex stipulatu actio quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.

I. De dote repetenda fuerat olim actio uxori, quæ Rei uxoriæ appellabatur. Actio bonæ fidei, citra controversiam; ut in cujus judicii formula usurparentur hæc verba *Quod æquius melius, judicato.* Testis Cic. *Lib.* 3. *Offic.* formulæ vestigium extat in *L. pen. §. ult. D. sol. mat.* Cum multis in rebus plenior esset actio Ex stipulatu ad dotem repetendam, ubi mulier dotem sibi reddi stipulata erat, ut indicat Justinianus in *L. uni. §. sciendum, §. maneat, §. cum autem, et alibi, C. de rei uxor. act.* ideirco visum est ei unam hanc actionem Ex stipulatu, ut plenissimam et certissimam ad dotis repetitionem, mulieri dare. Quod fecit in *d. L. unic. statim a prin.* Sed quoniam neque semper intervenit stipulatio in dote danda, ut dici possit actio ex stipulatione esse, ubi stipulatio nulla est; et præterea nonnulla erant in Rei uxoriæ actione pleniora, in utraque etiam quædam non videbantur sufficere; his incommodis occurrit Justinianus, et de stipulatione ita cavit, ut vellet eam semper pro interposita haberi; quæ autem erant alterius actionis, ad hanc transtulit, et de hypotheca adjecit, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem.

II. Atque in summa, ad eam rem circa hanc actionem, quator hæc singularia constituit, quæ hic breviter complectitur. *Primum*, ut quanvis mulier dotem sibi reddi stipulata non sit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus sit ei proposita Ex stipulatu actio, quasi stipulatio utiliter intervenisset, *d. L. unic. §. 1. Secundum*, ut Ex stipulatu actio quæ in cæteris caussis stricti judicii est, *L. 5. in fi.* et *L. alias, seq. D. de in lit. jur.* in hac repetitione dotis sit bonæ fidei, *d. L. unica, §. sed etsi non ignoramus. Tertium*, ut habeat hæc actio adjunctam hypothecam bonorum omnium mariti, *d. L. unica, §. 1. Quartum*, ut in hac ipsa hypotheca, mulier ipsa, inquam sola, non heredes ejus, omnibus aliis creditoribus anteponatur, quanvis tempore prioribus, seu hypothecam tempore antiquio-

rem habentibus: hoc illa in *L. ult. C. qui pot. in pig. hab.* Ac priora tria, et si quid est amplius quod ad naturam hujus actionis pertineat, facile sumentur ex *d. L. unica, de rei uxo. act.* Quartum habet dubitationem, quæ hic monitorem saltem desiderat, velitne Justinianus mulierem omnibus creditoribus in hypotheca præferri, non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam habentibus.

III. Et verius est, quod et magis vulgo probatur, constitutionem Justiniani accipiendam de iis creditoribus, qui antiquiorem quidem hypothecam habent, sed constitutam lege et privilegio; non autem eam, de qua creditores sibi ipsis aperta conventione caverint. Primum id satis significatur verbis constitutionis, cum vult mulierem præferri creditoribus prioris temporis privilegio vallatis. Non est enim privilegium, nisi in eo quod lege tribuitur sine conventione. Tum autem nulla juris aut æquitatis ratio patitur, ut actio creditoribus, ipsorum opera, et cautione semel quæsita, his adimatur. Id fieri posse negant veteres, *L. ult. D. de pact. L. habere, D. de evict.* Repugnant præcepta juris, quæ vetant alterum lædere, suum cuiquam mortalium detrahere. *L. justitia, D. de just. et jur. L. 2. D. de his qui sunt sui vel al jur.* Reclamat præclarum dictum Scævolæ in *L. pen.* in fi. *D. quæ in frau. cred.* *Vigilavi*, inquit; *meliorem meam conditionem feci: jus vigilantibus scriptum est:* ubi negat quod ista vigilantia creditoris illi partum sit, ei adimendum. Nihil ad rem pertinet, si dicatur id minus iniquum videri debere, aut quamvis iniquum sit, non eo minus tamen uxori tribuendum esse, quia lege Justiniani cautum sit. Prius enim de eo, an cautum sit, liquere debet. Quod nisi apertis verbis id expressum fuerit, hoc tenebimus nulli unquam privilegium tam iniquum ulla lege tributum videri debere; quia beneficia in cujusquam injuriam legibus et constitutionibus tribui non solent, ut diserte scriptum est *L. nec avus, C. de emancip. lib.* Plura scripsi in hanc sententiam ut in loco ad *d. L. ult. C. qui pot. in pig. hab.*

## IN BONÆ FIDEI,

### §. XXI.

*Bonæ fidei actionum naturam cur hic obiter perstrinxerit, non exposuerit.* I.
*Compensatio argumentum hujus §. et cur hoc de compensatione, et cur de sola, cum sint alia innumera propria actionum bonæ fidei.* II.
*Compensatio quid.* III. XIV.
*De compensatione juris summa; et quodnam hic fuerit jus vetus: tum quid sit hanc fieri ipso jure aut per exceptionem.* IV.
*Compensationi locum fuisse in strictis judiciis per exceptionem, ex rescripto D. Marci; et tamen eandem etiam ante Justinianum admissam olim ipso jure; neque hoc negare Justinianum sua constitutione.* V.
*De Compensatione summa legis Justiniani, et solum inductam ab eo compensationem ipso jure in actionibus in rem.* VI.
*Compensationem admitti ipso jure solum ex caussa liquida, idque in actionibus omnibus, et quam hoc jus novum, et inducendi caussa.* VII.
*Compensationis caussa liquida, quæ, et quod jus apertum quo compensatio nititur.* VIII.
*Compensationis exceptio, si objicitur initio litis, admittetur ejus cognitio quandoque, quanvis caussa ejus non sit ullo modo liquida.* IX.
*Compensationem cessare in actione depositi et rebus vi occupatis, et cur; sed in his solis duabus, non etiam in commodati.* X.
*Compensationi non semper locum esse, neque hoc contrarium esse Justiniani constitutioni.* XI.
*Compensatio adversus quos, et quibus in caussis locum non habeat.* XII.
*Compensatio solum in pecunia et quantitate utrinque debita; idque vi ipsa verbi effici.* XIII. XIV.

In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum, is cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti juris judiciis, ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascunque; excepta sola Depositi actione cui aliquid compensationis nomine opponi, sane iniquum esse credimus: ne sub prætestu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.

I. Quid sit proprium actionum bonæ fidei, quo distinguantur a cæteris, initio definit. *In bonæ fidei judiciis*, inquit, *libera potestas permittitur judici ex bono et æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat.* Sed non progreditur longius in hujus definitionis explicatione. Atqui hoc totum tam non intelligitur quam si dictum non esset, nisi explicetur, quid sit hoc ex æquo et bono; cur ex bona fide quod ex æquo et bono; quid contineat tribuatve ista potestas libera in bonæ fidei judiciis; quid contraria in strictis judiciis deneget. Quæ cum tantopere ad hunc locum pertinerent, ideo quantum necesse videbatur, initio exponere conati sumus. Justinianus autem hic omisit. Quod quidem factum videri potest admodum vitiose. Hanc enim explicationem duæ res flagitare hoc loco videbantur. Primum ipsa per se natura earum actionum de quibus agitur, quæ, nisi superioribus rebus saltem leviter expositis, cognosci non potest; tum multo magis definitio superior initio ab ipso posita. Poterat enim hæc omitti, ut quis diceret Justinianum hoc titulo contentum fuisse genera ipsa actionum istarum indicare. Nunc, cum ipse definitionem posuerit, naturæ actionum, ut videtur, explicandæ caussa, non potuit sine vitio necessariam ejus definitionis explicationem omit-

tere. Cur enim posuit, si docere nolebat; si volebat, cur rem æque incertam et inexplicatam reliquit? Hoc est igitur quod puto hic quærendum initio, cur Justinianus aut non explicarit hoc loco quod proprium erat naturæ actionum bonæ fidei, aut si explicare visum non erat, cur definitionem ad eam rem pertinentem posuerit initio sine fructu. Et, animadverso proposito ejus, cum in toto hoc titulo tum hoc loco, recte defenditur utrumque superius. Non explicavit diligentius quid proprium esset actionum bonæ fidei, et quid potestas judicis libera tribueret vel judici vel actori, aut non tribueret; fecit id ex instituto suo perpetuo brevitati Institutionum conveniente, quo illi, in hoc titulo præsertim, propositum est genera ipsa actionum breviter ac prope nude indicare; quæ autem ad naturam cujusque pertinentia latius patent, ea omittere et rejicere ad latiores libros Pandectarum. Qua brevitate illum usum esse in omnibus generibus, ex unaquaque divisione, si quis attendet, facile agnoscet. Quam porro late pateat superiorum rerum explicatio, satis intellectum est ex iis quæ supra de hac parte diximus. Quod autem nihilominus definitionem superiorem ad eam rem pertinentem posuit hoc loco, et tamen inexplicatam reliquit; fecisset vitiose, si instituisset hac definitione naturam actionum bonæ fidei explicare.

II. Sed observandum est, unum hoc illi propositum esse hoc loco, agere de compensatione, neque id quovis modo, sed removere differentiam compensationis, quæ olim erat vel esse quibusdam putabatur inter actiones bonæ fidei et stricti juris. Et quoniam inducebatur ea differentia ex hac caussa, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas permitteretur judici admittendi omnia quæ essent ex æquo et bono; ideo hujus differentiæ caussam indicaturus, sat habuit id ponere quod ad propositum sufficiebat; et vero intempestivum erat longius progredi. Sed ex hac re incidit locus in alias reprehensiones. Quid enim compensatio ad hunc locum, quæret aliquis; aut si quid pertinet, cur potius attingitur quæstio de compensatione, tanquam ad naturam harum actionum pertinens, cum sint alia innumera non minus atque adeo multo magis harum actionum propria? Et habet utrumque hanc rationem. Primum, quæstio ipsa qualis hic proponitur, an scilicet compensatio in his judiciis pariter, et quomodo admittit debeat, non dubium est quin plane pertineat ad propositam divisionem. Cum enim dicuntur quædam actiones esse bonæ fidei, quædam stricti juris, ostendit statim hæc distinctio differre hæc judicia inter se. Et quidem non una est hæc differentia, sed multæ et insignes, natæ omnes ex hoc fonte, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas est judici omnia admittendi quæ sint ex æquo et bono; in strictis non item. Hinc inter cæteras nata quoque primo, plurium sententiis, differentia in jure compensationis, ut hæc in bonæ fidei judiciis admitteretur etiam ipso jure, pro potestate judici tributa; in strictis autem, aut non admitteretur omnino, aut admitteretur per exceptionem, ut hic indicatur initio. Ita, si cæteræ differentiæ ad superiorem divisionem et naturam horum judiciorum pertinent, quam hæc quoque pertineat, quæ ex eadem caussa est, apparet. Cur autem inter tam multas, unam hanc attingat, res indicat. Non enim attingit ut constituat, sed ut removeat. Ergo de cæteris differentiis nihil dicit, quia non est necesse. Omnes enim manent ut prius, quæ ideo ex Pandectis, et illic ex veterum scriptis petendæ sunt. Quod si maneret ea quoque differentia quæ in compensatione esse olim putabatur, non magis de hac sermonem injiceret quam de cæteris, aut certe diceret ex æquo de omnibus. Nunc autem una hæc est ex omnibus, quam non patiatur manere, et de qua jus novum constituerit. Ideo et de hac sola dicere necesse habuit. Et, ut intelligeretur quam recte hanc quæstionem subjiceret propositæ divisioni, statim ostendit occasionem sibi natam ex natura judiciorum bonæ fidei, atque adeo hæc fieri, ut videatur inter istas actiones ea differentia esse de compensatione quam dixi. Addit deinde, quo significet non temere se de hac sola differentia in judiciis monere; quia scilicet velit intelligi se hanc sustulisse, unde et jus de compensatione a se in hac re constitutum breviter proponit.

III. Instituto Justiniani hoc loco, et ordine loci cognito, de re videamus. Agitur hic de compensatione in his actionibus quæ propositæ sunt, admittenda. Compensatio est debiti et crediti inter se contributio, *L. 1. D. de comp.* cum scilicet debitor a quo pecunia petitur, vicissim sibi a petitore deberi dicit, et id illi imputat, desideratque tanto minus a se peti, quasi pro imputatione hoc idem re ipsa tribueret creditori; et simul idem reus quod sibi a petitore debebatur vult sibi amplius non deberi, quasi hac imputatione vicissim ab illo sibi tributum; ut sic fiat mutua illa, quam supra diximus, contributio. Unde et compensatio utrinque pro soluto

haberi dicitur, usque ad concurrentes quantitates quæ invicem debentur, *L.* 4. *C. de comp.* Hinc exitus compensationis admissæ is qui indicatur hoc loco, ut si, compensato eo quod invicem debetur, nihil supersit utrinque quod debeatur, absolvi debeat reus; sin supersit, quod reus debeat, in id solum reliquum debeat condemnari.

IV. Quæritur autem hoc loco de compensatione, admittaturne ea in bonæ fidei judiciis, tamquam quasi natura judicii ita postulante, an vero et in strictis, et quomodo. De his sic in summa Justinianus in utroque genere admitti dicit; sed aliter jure vetere, aliter novo quod ipse constituit. In vetere quid refert, in novo quid constituat considerandum est; habet enim utrumque dubitationem. Et jus vetus in eo fuisse scribit, ut in bonæ fidei judiciis admitteretur compensatio a judice, sola æquitate judicii citra exceptionem, id est ipso jure. In stricti autem juris judiciis, solum opposita initio doli mali exceptione, dum reus hoc dicit in lite contestanda: Dolo facis actor quod petis istam summam, cum tantundem mihi debeas, ac potius debeas tecum pensare. Idque divi Marci rescripto inductum esse ait. Quid sit compensationem fieri, seu actionem minuere ipso jure, quid per exceptionem; et quid refert utro modo debitor liberari dicatur, dixi supra ad §. *actionum num.* 35. Atque hæc illa est differentia vetus quam esse dixi inter hæc judicia circa compensationem. Quo loco, quod de compensatione in bonæ fidei judiciis ipso jure admittenda significat, certi juris et fuit olim, *L. si ambo D. de comp.* et nunc est ex ipsius constitutione. Id exigit æquitas judicii et compensationis.

V. Quod autem refert in strictis judiciis non idem jus fuisse olim, sed in his, ex rescripto D. Marci, compensationem induci solitam per exceptionem, id est non ipso jure; se autem constitutione sua induxisse latius compensationes, ut actiones ipso jure minuant in omnibus actionibus, proinde et in actionibus stricti juris; utrumque ejusmodi est, ut videatur aperte falsum esse. Constat enim ex legis minime dubiis, etiam ante tempora Justiniani, atque adeo temporibus veterum Imperatorum et Jurisconsultorum, compensationem in strictis quoque judiciis ipso jure pro soluto habitam fuisse, et reum liberasse. Hoc quidem traditum non obscure in *L.* 4. *C. de comp.* et *L.* 4. *D. eod.* Quod si verum est, neque compensatio prius liberavit reum tantum per exceptionem, neque verum est Justinianum hoc induxisse, ut compensatio liberaret reum ipso jure. Quorum de utroque ita respondeo. Quod ait Justinianus, prius in stricti juris judicio compensationem inductam per exceptionem, si simpliciter dicat, agnosco falsum esse. Nam si compensatio jam olim pro solutione valuit, ut valuit, *d. L.* 4. *C. de comp.* (quid enim interest solvas quid, an quod apud creditorem tuum sit de tuo, velis id ab eo in eam caussam retineri?) sequitur, ut compensatio ipso jure debitorem liberet; quoniam ipso jure liberat, et tollit omnem obligationem solutio, *Inst. quib. mod. tol. ob.* in pr. *L.* 5. *de pact.* Nunc autem ait, compensationem olim inductam per exceptionem ex rescripto divi Marci. Hæc adjectio, ex rescripto divi Marci, hæc inter se conciliat; facit enim, ut simul verum esse possit inductam a divo Marco compensationem, tantum exceptione opposita, et tamen ante tempora Justiniani; et veterum sententiis compensationem liberasse reum ipso jure. Nihil enim vetat quominus, ætate divi Marci, res adhuc dubia fuerit, oporteretne compensationem ipso jure admitti, an vero per exceptionem; unde et ille exceptionem tantum dederit, postea autem sententia obtinuerit, ut compensatio etiam ipso jure haberetur pro soluto in omni pecunia debita. Certe constat pro jure certo, hoc usurpatum rescripto Alexandri in *d. L.* 4. *C. de comp.* Sed hic longo post tempore secutus est Marcum Antoninum. Quod si quidam ex veteribus, ut Neratius, idem istud senserunt, ut sensisse indicat *d. L.* 4. *D. eod.* nihil prohibet etiam hic dici, quorundam veterum et hanc jam olim sententiam fuisse; sed non omnium, eoque non fuisse explorati juris; atque in hac dubitatione sumpsisse divum Marcum id de quo inter omnes conveniret, si non admitteretur scilicet compensatio ipso jure; at certe admittendam per exceptionem, et hoc illum tanquam tutius et certius esse secutum. Sic tamen, ut dixi, ut postea contra obtinuerit, et quidem tam multo ante tempora Justiniani. Quod ad Justinianum attinet, is ante sua tempora ita obtinuisse non negat; denique, ut in strictis judiciis compensatio admitteretur ipso jure, id se induxisse non dicit. Non enim dicit simpliciter se compensationes latius introduxisse, ut actiones ipso jure minuant, quasi prius omnino non minuerent; quod falsum esse constat, saltem in bonæ fidei judiciis; sed ut minuant in omnibus actionibus, sive in rem sint sive in personam: hoc enim additur nominatim in ipsa constitutione, *d. L. ult.* in pr. *C. de comp.* et hoc loco inde sumptum. Induxit igitur, ut minuant in omnibus actionibus, non autem in

singulis; et in omnibus scilicet, etiam in quibus id non obtinebat, cum prius non obtineret in omnibus; non autem in singulis, cum constet et antea in quibusdam hoc idem valuisse. Quare, si constet hoc ipsum obtinuisse antea in strictis judiciis, intelligi debet non magis dicere Justinianum id se induxisse in his judiciis, quam ex iisdem verbis colligimus eum dicere id se induxisse in judiciis bonæ fidei; quod tamen nemo colligit.

VI. Iam quid ipse constituerit de compensatione in his actionibus admittenda, quidve induxerit, videamus. Induxit autem tria. *Primum*, ut compensationes fiant ipso jure, si quis vult, in omnibus actionibus, sive in rem sint sive in personam, *Secundum*, ut id fiat certa tantum conditione in omnibus. *Tertium*, ut quædam actiones excipiantur, in quibus jubet nec compensationem admitti. Principio cavet in omnibus actionibus, tam in rem quam in personam, compensationes fieri ipso jure, *d. L. ult.* in *pr. C. de comp.* id est, ut hic interpretatur, ut compensationes oppositæ actori minuant actiones omnes ipso jure, ac non tantum opposita et initio contestata compensationis exceptione, sive in rem sint actiones sive in personam. Et addit hoc loco, hactenus se compensationes latius introduxisse. In quo ergo latius, aut quid tandem hac parte novi juris induxit, cum ante in omnibus actionibus in personam idem juris fuerit, non tantum si essent bonæ fidei, sed etiam si stricti juris, ut supra ostendimus? *d. L. 4. C. de comp. d. L. 4. D. eod.* Nempe hoc latius, hoc denique quod in hac re nunc primum constitutione sua induxit, quod placuit compensationem ipso jure recipi etiam in actionibus in rem. Nam in his prius non recipiebatur; siquidem id exigebat prius compensatio, ut pecunia utrinque deberetur. *d. L. 4. C. de comp.* unde et compensatio definita: Debiti et crediti invicem contributio, *d. L. 1. D. eod.* In actione autem in rem, actor petit rem suam, non sibi debitam, *§. 1. supra eod.* At Justinianus pro debito etiam id haberi vult, ut reus possit compensare, si quid vicissim ei a petitore debeatur. Porro hoc inducto, etiam si de eo nihil induxerit in actionibus cæteris; tamen vere dicetur induxisse ejusmodi compensationem in omnibus actionibus, cum prius non admitteretur in omnibus. Illud tenendum est, cum prius idem jus obtinuerit, tam in actionibus stricti juris quam bonæ fidei, id jus eum in his actionibus non induxisse.

VII. Secundo loco, addit constitutio superiori juri temperamentum, et hoc novum. Sic enim vult in omnibus actionibus compensationem admitti ipso jure, id est tunc cum initio litis compensatio opposita non est, si ea jure aperto nitatur, ut hic scriptum est; vel, ut apertius hoc expressum in ipsa constitutione, si caussa ex qua compensatur, id est compensatio objicitur, liquida sit. Et observandum, conditionem hanc addi constitutione actionibus omnibus in quibus prius compensationem admiserat ipso jure: proinde non tantum actionibus in rem, sed etiam in personam; et in his, non tantum si stricti juris sint, sed etiam si bonæ fidei. In quo certum est jus ab illo constitui novum. Nam, si per compensationem ipso jure liberatus est reus tanquam solutione, semper verum est eum non debere, nec actori ullam esse actionem, ut initio reus negavit, quia solutio fecit ne ulla esset actio, quæ sublata est; tantum hoc res redit, ut probetur solutio. Sed etsi initio opposita esset exceptio aliqua, liceret reo eam persequi postea et probare, etsi prius negasset se debere et esset convictus, *L. si quidem, C. de excep.* Nunc autem exceptiones omnes, qualis est compensationis, dicuntur inesse bonæ fidei judiciis; ut scilicet ante rem judicatam oppositæ, eodem modo a judice admitti et audiri debeant, ac si initio per litis contestationem essent in judicium deductæ, ut docui supra ad *§. actionum, num. 28. et seqq.* Sed Justinianus occurrere voluit calliditati reorum qui, cum se victos, et certa petitione teneri vident, re jam diu agitata, certo et indubitato debito compensationem opponunt, ex quavis caussa undecunque quæsita et eadem tamen incerta; non quia caussa ita sit, sed ut dum de re incerta quæritur (si modo quæreretur) moras nectant suis ambagibus, et ita frustrentur in debito, quamvis non dubio, miseros creditores. Quod ille indignum nec ferendum putavit, ut comprehensum est ipsa constitutione. Ut igitur compensationis defensio tum opposita, omni fraudis suspicione careat, exigit ut ex caussa liquida opponatur.

VIII. Caussam compensationis vocat caussam ex qua reus sibi vicissim a petitore quid deberi dicit, cujus debiti nunc defensione ad compensationem utitur; ut cum dicit sibi deberi decem mutua. Hanc caussam ideo exigit, quia sine caussa nihil potest deberi; et ex ea, an quid debeatur noene, solum æstimatur, *L. cum de indebito, §. ult. D. de prob. L. 2. §. circa, D. de dol. mal. exc.* Hæc caussa tunc est liquida, cum certum est ex ea deberi quod petitur; et ut nunc Justinianus loquitur, cum jus debitoris apertum est in eo quod sibi vicissim deberi intendit, quo jure aper-

to nunc compensatio ab eo inducta nititur. Utrumque ita fit, si de caussa debiti quæ allegatur, duo constent; justam esse debendi caussam, et simul veram. Justa est, quæ est ejusmodi, ex qua jure quid debeatur, veluti si dicat ex caussa mutoi, legati, venditi centum sibi deberi, puta, mutuo a se data aut sibi legata, aut ex pretio venditionis debita. Quam cognitionem, in quæstione juris qualis nunc est, cum scilicet quæritur an quid debeatur, ideo præcedere oportet, quia frustra quæritur utrum caussa vera sit necne, si constet jam a principio, etsi vera sit, nihil tamen ex ea deberi posse. Cum justam debendi caussam allegari constabit, sic deinde certum fiet debitum, et apertum jus debitoris, si constabit hanc ipsam caussam esse veram, id est vere præcessisse, ut dicitur; puta pecuniam mutuo datam, legatam esse, aut rem aliquam tanti venditam creditori. Id constabit, vel adversarii confessione, quæ facit ut de re confessa amplius quæri non oporteat, *L. si quidem*, *C. de excep. L. ult.* in pr. *C. quib. ad lib. prod. non lic.* vel probatione oblata et confecta intra id tempus, cujus mora actori non noceat; puta intra tempus quod debitori condemnato daretur ad solvendum. *L. aufertur*, *§. qui compensationem*, *D. de jur. fisc.* aut si nullum daretur, si eodem die posset de re constare, *arg. in L.* 3. in pr. *D. ut in pos. leg.* aut supersit actori aliquid temporis ad probandum quod petit, et intra id debitor compensatione usus, de ejus caussa doceat. Quod Bartolus recte sensit *ad L. ult. C. de comp.*

IX. Sed meminerimus, constitutionem Justiniani loqui de compensationibus quæ fiunt ipso jure, et quod hic exigit de caussa liquida, in hujusmodi compensationibus exigere, id est tum cum, ab initio litis non opposita et contestata compensationis exceptione, postea inter moras judicii, intentione actoris jam probata, objicitur compensatio. Sic enim initio cavet constitutio: Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus. Et quod de caussa liquida subjicit postea, ad istam ipsam constitutionem quæ præcesserat, temperandum subjicit. Sed et in eo temperamento, nominatim eam compensationem quæ non sit ex caussa liquida, ideo repudiat, quia post multa forte certamina, et reo jam pene convicto, opponitur. Ex quo intelligi debet, si quis initio litis utatur exceptione compensationis, cessare constitutionem; ad eas denique compensationes quæ per exceptionem opponantur non ipso jure, constitutionem non pertinere. Propone aliquem ista exceptione uti hoc modo: Reus a quo decem petebantur, negat se ea debere, et tamen dum de eo dubitat, utitur simul exceptione compensationis ut dicat, etsi deberet, tamen sibi tantundem ex illa aut illa caussa vicissim ab actore deberi. Dicemus, si is, quanvis post longa certamina de eo quod petebatur, convictus sit debere, posse tamen eum redire ad exceptionem compensationis quam initio omiserat, donec de intentione actoris constaret; et posse, quanvis caussa ex qua compensatio objicitur, non sit liquida. Id jus publicum est, datum omnibus reis ad sui defensionem: si quis est a quo quid ut debitum petitur, liceat ei ab initio negare intentionem adversarii, et se quidquam ex ea caussa debere; et cum negaverit, addere nihilominus exceptionem ut dicat, quanvis probatum fuerit quod intenditur, habere se tamen illam justam exceptionem qua nunc in illum eventum utatur. Ad quem modum judicio constituto prius imponitur actori necessitas probandi quod intendit; post, ubi probaverit, permittitur reo redire ad suam exceptionem et eam probare; quod non fit nisi in caussa non liquida et controversa: hoc in *L. si quidem, C. de comp.* Id jus, nisi specialiter superiore constitutione mutatum fuerit, manere oportet, *L. præcipimus*, in fi. *C. de app.* At nullo modo mutari, ex iis quæ dixi, facile intelligitur. Exigit constitutio caussam compensationis liquidam, cum compensationes ipso jure fiunt. Non fiunt ipso jure, cum initio exceptio compensationis opponitur. Sunt enim hæc, ipso jure actionem minui, et per exceptionem, non tantum diversa, sed etiam ejusmodi quæ, ut tanquam contraria, inter se opponuntur, *L. qui servum*, *§.* 1. *D. de obl. et act. L.* 4. *D. de ser.* Quinimmo ipsa ratio constitutionis aperte exceptionem compensationis, etiam in caussa non liquida admittit. Cum enim compensationem ideo repudiat, quia post longa forte et varia certamina, a parte jam pene convicta, certo et indubitato opponitur, condemnationis certæ moratoriis ambagibus excludendæ caussa; apparet, si opponatur exceptio compensationis, quod fit ab initio in lite contestanda, ubi nulla adhuc certamina litis fuerunt, reus nullo modo convictus, non magis certum et indubitatum debitum quam ante, nulla fraudis auspicio ad remorandam condemnationis spem, quæ spes nondum ex ulla probatione constituta est; apparet, inquam, in his rationi legis locum non esse, ideo nec exceptionem in tempore oppositam ad coercitio-

nem legis Justiniani pertinere. *L. de eo* juncta *L. quid enim*, seq. *D. de jud.*

X. Superest exceptio lege Justiniani inducta, qua et ipsa aperte jus constituit novum. Nam, cum prius in omni actione in personam privata compensationi locus esset, excepit lex duo genera, in quibus compensationem in totum non admittit, id est neque ipso jure, neque per exceptionem, etsi maxime caussa compensationis dicatur adferri liquida: actionem depositi, et omnem qua possessio alienæ rei vi occupata repetitur, utramque non sine certa ratione. Nam depositum unum, ex contractibus omnibus, non ob aliam caussam datur, quam ut sit quod reddatur deponenti, cum primum reposcet; utpote datum solius custodiæ caussa, donec visum erit deponenti repetere. Adversus hanc conventionem et fidem datam, id est adversus naturam ipsam depositi fit recta, si dum constabit esse depositum, interponetur ulla mora reddendi, etiam prætextu compensationis. Est igitur contra naturam contractus admitti compensationem, ac proinde sane iniquum hujus actioni compensationem opponi, ut hic scriptum est: *sane iniquum* sic accipe iniquum præter actiones cæteras quæ quidem vim non persequuntur. Vi autem occupatum nullam plane, ne in speciem quidem, probabilem caussam habet ad retentionem vel rei occupatæ, vel æstimationis ejus. Nam a vetere possessore nullus consensus ad rem transferendam, ne coactus quidem, ut est in iis qui vi metusve caussa quid tradiderunt. Ab eo qui occupavit ad possessionem nasciscendam vis sola: Hanc porro comprobare est contra bonos mores, *L. nihil consensui, D. de reg. jur.* Quocirca nihil relinquitur occupanti ad ullam retentionem; proinde nec ad compensationem objiciendam; quoniam compensatio species est retentionis, *L. 4. L. ob negotium, D. de comp.* Ut autem in hac exceptione ratio excipiendi quærenda fuit, ita est numerus actionum exceptarum observandus. Duas superiores exeipit, sed has tantum. Hac enumeratione confirmatur compensationi locum esse in actionibus reliquis omnibus. Bene enim dicitur eum qui ex iis rebus quas prius posuerat, aliquas exeipit, non posse non videri id ipsum quod posuerat, in cæteris confirmare, vel ut vulgo, exceptionem confirmare regulam in casibus non exceptis; *L. quæsitum, §. idem respondit, domo instructa*, in fi. *D. de instruct. vel instrum. leg.* Idque hæc ipsa constitutio in proposito aperte ostendit. Initio enim legis, ita definierat Justinianus, sancire se compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri. Nisi quid inde exceperit postea, necesse est definitionem manere in omnibus; de omnibus enim nominatim caverat. Excipit autem tantum duas illas superiores. Maneat igitur definitio, his exceptis, in aliis omnibus. Quæ et sententia vera est. Ideo et in commodati actione locus erit compensationi, si nihil aliud sit impedimento; hæc enim est ex actionibus quas complectitur constitutio. Nec quominus id dicamus, impedimur *L. ult. C. de Com.* ubi ita scriptum est: *prætextu debiti, restitutio commodati non probabiliter recusatur.* Aliud est enim rem commodatam retinere velle pro pecunia sibi debita, aliud compensatione uti velle; quoniam compensatio in pecuniam utrinque debitam tantum cadit, ut mox dicetur. Itaque tunc esse posset compensatio in commodato cum, re commodata amissa, aut deteriore facta commodatarii culpa, inciperet commodatarius teneri in rei æstimationem, atque ita pecuniam debere, et vicissim ei ab eo qui commodati ageret, pecunia deberetur. Quo casu et compensationem ejus pecuniæ admitti non dubitatur.

XI. Sed quod dicitur in omnibus aliis actionibus compensationi locum esse, non hanc habet significationem, ut semper sit locus in omnibus; sed ut, si de genere ipso actionis quæritur, sciamus omnes esse ejusmodi quæ conditione sua compensationem admittant; et ideo semper admittant si, ut dixi, nihil aliud sit impedimento. Cæterum, neque adversus omnes compensatio locum habet, neque in omni re debita, cujuscunque modi sit actio; eaque duo impedimenta sunt, quæ obstent etiam jam olim compensationi. Quæ cum etiam nunc statuimus, nihil tamen contrarium dicimus constitutioni Justiniani, qui in omnibus actionibus compensationem admittit, duabus tantum exceptis. Non enim hic propter actionem removetur compensatio, ut apparet, sed propter agentis personam cum caussa publica conjunctam, aut propter rem quæ vocatur in compensationem.

XII. Duo sunt, quibus agentibus, compensatio de eo quod vicissim privato debitori debent, objici non potest, fiscus, et Respublica; sed in certis tantum caussis ad publicam utilitatem pertinentibus, quæ comprehensæ sunt in *L. 3. C. de com. L. ob negotium, D. eod. L. aufertur, §. ut debitoribus, D. de jur. fis.* ut hic persona actoris, simul et caussa publica excludant compensationem.

XIII. Quod ad res attinet quæ hanc admittant, probo sententiam vulgo receptam,

neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse: multoque minus speciem cum specie. Et in summa, ita constituo, compensationem in alias res non cadere, quam in quantitates utrinque debitas. Quam ad rem fateor ingenue, non moveri me magnopere iis argumentis quibus vulgo ad hanc rem utuntur, quæ hic afferuntur ab Accursio, et ad *L. ult. C. de comp.* Quin omnia sunt ejusmodi, quæ si quis propius consideret, et generalitatem aliorum locorum de compensatione in omnibus actionibus admittenda conferat, facile totam illam sententiam sit omissurus; adeo in illis nihil firmi pro ea sententia, aut ad aliorum locorum refutationem, ut non sit mirum plerosque doctos viros, dum ea expendunt et alios locos urgent, facile venisse in contrariam sententiam. Sed hujus sententiæ veræ et solidæ rationes sunt tres: quarum duæ, ex principiis certis juris et æquitatis ductæ, infirmari posse non videntur; tertia ex significatione verbi sumitur, quæ ut definit cætera, de locis in speciem dissidentibus facile rem expedit. Primum ergo, nemo debitor facto suo liberari potest invito creditore, nisi solvendo, *L. si rem, §. omnis, D. de pig. act.* Unde et compensatio, non alia de caussa debitorem liberat, quam quod pro solutione habetur, *L. 4. C. de comp.* dum scilicet nihil interest utrum quid tradam creditori meo solvendi animo, an quod meum aut mihi debitum apud illum erat, patiar apud eum esse eo nomine, *L. qua ratione, §. interdum, D. de acq. rer. do. L. singularia*, in fin. *D. si cert. pet.* Porro solutio non est solutio nisi ejus quod debetur, nec aliud pro alio, invito creditore solvi potest, *Inst. quib. mod. toll. obl.* in pr. *L. 2. §. 1. D. si cert. pet.* Quare nec aliud pro alio compensari potest; veluti, si cum pecunia quam reus debet, velit compensare speciem sibi vicissim debitam, aut contra cum specie a se debita pecuniam debitam sibi ab actore. Idque tanto magis recipiendum est in compensatione, quam in solutione; quod absurdum sit ad liberationem plus tribui imagini solutionis, quam veræ et naturali solutioni, quæ solum tunc est cum pecunia numeratur naturaliter creditori, *L. solutam, D. de sol.* Sit ejusdem rei hoc argumentum. Nec emere invitus, nec vendere quisquam cogitur, *L. invitum, C. de contr. empt. L. nec emere, C. de jur. deb.* At, pecunia a te petita, postulare ab actore ut, pro ea pecunia, speciem quam vicissim debet, sibi habeat, tu pecuniam illi debitam retineas; nihil aliud est quam petere ut eam speciem actor emptam habeat, eo pretio quod tu retines. Et ex diverso, specie aliqua a te petita, postulare ut eam speciem retineas invito actore, ille autem pro re, pecuniam sibi habeat quam vicissim tibi debet, nihil aliud est quam petere, ut eam speciem vendat, tu pro pecunia quam offers, tanquam pretio emptam habeas; utrumque ideo, quia emptio et venditio est, cum res pro pecunia, aut pecunia pro re datur, *L. naturalis*, in pr., illic *et siquidem, D. de præs. verb.* Neutrum ergo actor admittere cogitur. Etsi hæc explorati juris rationem habent, tamen plerique moventur verbis legis Justiniani, quæ in omnibus actionibus admittit compensationem: in omnibus quidem in personam sine dubio, idque ex jure quoque vetere; sed hoc amplius et in actionibus in rem. Constat autem, in plerisque in personam, peti non pecuniam aut quantitatem, sed speciem ut in commodato. In actionibus autem in rem, nunquam aliud quam rem et speciem certam, *L. si in rem, 6. D. de rei vind.* Sed et alii loci permulti, in iis actionibus quibus species petitur, similiter compensationem recipiunt, quos collegit Duarenus, nempe allam sententiam secutus, in *L. fructus, §. ob donationem D. sol. matrim.* Hic ipse locus inter cæteros, ubi traditur jam olim, in omnibus bonæ fidei judiciis, officio judicis contineri ut, si quid invicem præstare actorem oporteat, debeat admitti compensatio, et compensato eo, in reliquum reus condemnari.

XIV. Adversus quæ omnia poterat hæc defensio sufficere, ut diceremus admitti compensationem in actionibus omnibus, dummodo ea concurrant, quæ exigit compensationis natura; admitti, inquam, sed suis legibus et conditionibus quas illi jus imposuit, in quibus est præcipue, ut quantitas invicem debeatur. Nihil ad rem pertinere quod non adjiciatur hæc condictio superioribus locis; nam nec negatur. Ideo satis esse, si constet ex aliis hanc legem esse compensationis inter cæteras. Inde videlicet quod hic desit esse sumendum; neque enim omnibus locis dicuntur omnia quæ ad rem quamque de qua agitur pertinent. Jam vero quam hoc exigat compensationis ratio, ut quantitas debeatur invicem quam compensari volumus, et superiora argumenta luculenter probant, et simul diserte expressum est in *L. 4. C. de comp.* Quo referri etiam possunt, si quis vult, loci in eam rem hic citati ab Accursio; inter quos maxime *L. si convenerit, D. de pig. act.* At quid, si probamus ipsum per se compensationis nomen vi sua hoc continere, ut pecunia invicem debeatur? Opinor, non mo-

do confirmamus illud idem, quod supra; sed etiam de locis istis omnibus in speciem contrariis liquido respondemus quod omnibus possit esse satis; eorum nimirum ipsorum locorum verbis, pecuniam utrinque debitam exigi, quoties compensationis vel simpliciter fit mentio, et proinde non sit hæc conditio anxie ex aliis locis accersenda. Addamus igitur jam, ad omnem certitudinem, tertium illud quod proposuimus, compensationis verbo debitæ invicem pecuniæ contributionem significari, non aliarum rerum. Id etymologia probat, et veterum usus. Compensare, ut pensare simplex, a pendendo dictum constat. Est autem pendere, pecuniam solvere, auctore Festo, ab eo quod æri gravi cum initio uterentur Romani, soluturi id pendebant, non numerabant. Unde pensiones et pensitationes dictæ. Hinc compensare dicti duo inter se, cum mutuo pensant seu pendunt pecuniam alter alteri, quæ alteri debeatur. Pensatio igitur ista, pecuniæ mutuæ pensatio est, non speciei certæ; ut vere dicturi simus compensationem esse, non tam debiti et crediti, ut est in *L. 2. D. de comp.* quod paulo est generalius, quam debitæ et creditæ pecuniæ inter se contributionem. Quid est antem veteribus pensare beneficium, tarditatem supplicii gravitate compensare, et similia? Est, pro eo quod debeas, tantum rependere, ut æquam præstationem facias, id est ut tantundem præstes. At non redditur tantundem certo, nisi cum pecunia aut res aliæ quantitate constantes redduntur. Quocirca et compensatio quæ proprie nunc appellatur, non debet intelligi ex usu veterum, nisi pecuniæ quantitatisve utrinque debitæ et mutuo imputatæ pensatio. At hoc si ita est, quis relinquitur locus compensationi in actionibus in rem, et aliis actionibus in personam, in quibus certa species petitur? Nullus relinqueretur, si semper aut in his peteretur res ipsa, aut petita restituenda esset. Sed multis modis accidit, ut pro re præstanda sit æstimatio; sive quod dolo malo res non restituitur, sive quod dolo aut culpa ejus cum quo agitur, res amissa aut deterior facta est; ut jam reus quantitatem ex ea caussa debere incipiat, ut de actione in rem traditur in *L. item si verberatum, L. qui restituere, D. de rei vind.* Hic vero compensationi locus, ut si qua pecunia reo vicissim debeatur ab actore, hanc cum illa recte compenset, ut bene hic Accursius.

## PRÆTEREA QUASDAM.

### §. XXII.

*Arbitraria actio nec bonæ fidei, nec stricti juris, et de hoc genere summa hujus loci.* I.
*Arbitrariæ actiones unde ita dictæ, et quid sit hic ex arbitrio judicis pendere.* II.
*Bonæ fidei actio cur non dicatur arbitraria.* III.
*Arbitrarium, in actione arbitraria quid sit, quid contineat, et ubi interponatur.* V. IV.
*In arbitraria actione, sententia quæ arbitrium sequitur, quid habere debeat tum ad absolutionem, tum ad condemnationem.* VI, IV.
*Actio de eo quod loco promissum est, alio loco agenti arbitraria, et cur ita dicatur.* VII.
*Arbitrariæ actiones quæ in summa.* VIII.
*Arbitrariæ omnes quæ sunt ad restituendum, tam in rem quam in personam, nisi sint bonæ fidei.* IX. X.
*Bonæ fidei actio, nisi idem arbitrium et eandem condemnationem habeat quam arbitraria, ut commodati; non est tamen arbitraria, et cur.* XI.
*Ad exhibendum actio omnis arbitraria.* XII.
*Ad solvendum actio sola arbitraria, quæ est de eo quod certo loco debetur; et de Redhibitoria.* XIII.
*Noxalis actio quando arbitraria.* XIV.

Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, actori satisfaciat; veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali caussa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam, veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus caussa, aut dolo malo factum est. Item cum id quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus et cæteris similibus permittitur judici, ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfierit oporteat.

I. Supra ad §. *actionum* monui tripartitam esse illam divisionem quæ in §. *actionum autem* proponitur. Nun enim tantum actiones, esse quasdam bonæ fidei, quasdam stricti juris; sed etiam tertium inter utrumque superius interjectum genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Id autem genus est quod hic prioribus illis duobus continenter adjicitur, et quidem admodum significanter, quo intelligatur genus esse distinctum a prioribus; ex eadem divisione tamen, cum ita dicitur statim initio, præterea quasdam actiones arbitrarias appellari. Non enim aliud valet illud *præterea*, quam præter superiores, et tertium hoc genus esse, quas arbitrarias appellamus. Sed quam id verum esset, quamque arbitrariæ non essent, ex eo genere quæ dicuntur stricti juris, satis illic ostendimus; et multo etiam certius ex iis quæ de natura arbitrariarum hic dicentur intelligetur. Restat, ut de genere ipso videamus; quod hic breviter quidem, ut pro instituto operis, recte tamen et commode, si quod aliud hoc titulo, explicatur. Quam ad rem accommodate tria ordine complexus est Justinianus. Primum definitionem; deinde quæ hujus generis essent actiones; postremo quid esset harum actionum proprium. De singulis quid valeant breviter ita dicam, ut quod postremum posuit, quasi a primo natum, secundo loco a me attingatur.

II. Arbitrarias actiones sic definit, quæ ex arbitrio judicis pendent, *in principio, et in versic. ad exhibendum.* Et hoc *ex arbitrio judicis pendere* quid sit, statim explicat; id autem tale esse, *ut nisi arbitrio judicis is cum quo agitur, satisfaciat, condemnari debeat.* Quo ambiguitatem priorum verborum sustulit; potest enim intelligi ex arbitrio judicis pendere actio, cujus exitus, id est con-

demnatio et absolutio sit in arbitrio et potestate judicis; ut hoc ipsum scilicet pendeat ex ejus arbitrio, utrum sententiam ferat necne; et dum feret, qualem ferat, absolvat reum an condemnet, et quatenus id faciat. Ostendit non id ita in proposito accipiendum. Et recte. Omnium enim actionum commune hoc est, ut quæcunque potestas est judicis in quavis actione, ea semper intelligatur, quæ sit vere judicis. Quamobrem et omnis duplicem necessitatem adjunctam habet; judicandi primum de qua re cognovit; deinde et recte judicandi, id est, ut jure scripto et moribus proditum est: quæ duo sunt in officio cujusvis judicis, *L. qua de re, D. de jud. Inst. de off. jud.* in pr. Et quoniam jubetur judicare, hoc verbo etiam continetur, ut de re sententiam ferat, quæ finem imponat controversiæ aut condemnando aut absolvendo; id enim est judicare, *L. 1. D. de rei jud.* Hic ergo monemur ex arbitrio judicis pendere dici eas, quæ sententiam quidem suam semper habent et una condemnationem aut absolutionem, quod est omnium commune; sed habent ante sententiam arbitrium judicis, rem hujus generis propriam; ex quo pendet, non an judex sententiam ferat, sed ferendo utrum condemnet an absolvat. Arbitrium id est quo jubet judex ut reus quid faciat, quod conveniat petitioni et naturæ actionis; quod quale sit, de eo postea. Ex eo autem sic pendet actionis exitus, condemnatio videlicet aut absolutio, dum ei arbitrio paretur aut non paretur; ut si quidem paret reus, absolutio; si non paret, condemnatio sequatur. Quod non item fit in cæteris actionibus, quarum hæc natura est, si quasdam bonæ fidei exceperis, ut, convicto reo deberi id quod petitur, sententia differri non debeat, aut ex aliquo jussu et arbitrio judicia præcedente suspendi; sed statim debeat reus condemnari. Exemplo res plana fiet. Actio de eo quod metus caussa extortum est, arbitraria est, ut hic traditur, et *L. item si cum. §. hæc autem. D. quod met. cau.* Ideo ita dicitur, quia cum sit in quadruplum, non tamen reus, quanvis convictus rem metu extortam possidere, statim in quadruplum condemnatur, sed prius jubetur rem de qua agitur, restituere; quam si restituit, evitat quadrupli condemnationem; si non restituit, tum in quadruplum condemnatur, *d. L. item si cum*, §. 1. et §. *hæc autem D. quod met. cau.* §. *item actio, supra hoc tit.* ut vere dici possit hanc condemnationem ex eo pendere, quod reus arbitrio non paruerit. Item actio de eo quod dolo malo a nobis expressum est, arbitraria est; nam et hujus exemplo hic quoque Justinianus utitur. Nempe ideo arbitraria, quia in hac actione, reus convictus rem dolo malo abstulisse, prius jubetur restituere. Nisi restituerit, sequitur condemnatio harum actionum propria, in id videlicet quanti ea res erit jurejurando actoris æstimata, ut est in *L. arbitrio, D. de dol.* Non idem fit, ut dixi, in cæteris actionibus. Nam actio furti, exempli caussa, ita est dupli aut quadrupli ut, simul atque convictus fuerit reus furtum fecisse, in duplum aut quadruplum condemnetur, neque hanc condemnationem evitet, quantumvis rem forte ablatam primo quoque tempore restituerit, *d. L. item actio, supra, eod.*

III. Ex hac definitione intelligimus bonæ fidei actiones non esse arbitrarias, ut nunc arbitrarias appellamus. Etsi enim æstimatio rei, in his actionibus, arbitrio judicis libero committitur, §. *in bonæ, supra eod.* unde et ipsa judicia dicuntur arbitria, et bonorum judiciorum judex arbiter, *L. arbitrium, L. in hoc judicio, L. ult. D. fam. erc. L. ut fundus, D. com. divi. L. pro soc. D. pro soc.* non tamen istarum actionum condemnatio aut absolutio, natura actionis, ex arbitrio judicis præcedente pendet; sed posteaquam probatum est deberi quod debetur, statim sequitur condemnatio, etsi condemnatio ex æquo et bono concipitur. Nam quod in his judiciis hoc arbitrium interponitur interdum, quod fit cum res a nobis profecta reperitur, et jubet judex eam nobis restitui; ut nisi restituatur, juretur in litem, de quo postea in extremo loco; accidit hoc conditione ipsius rei, cujus pretium non est æquum alterius arbitrio potius statui quam domini, *L. tutor, D. de in lit. jur.* non utique judicii propria natura quæ omnibus conveniat. Alioqui in aliis rebus petitis idem fieret; quod secus est.

IV. Sunt ergo arbitrariæ actionis duo propria, quæ superior definitio exigit; quæ qualia sint, quid postulent, seu quod sit in his officium judicis, et quæ potestas actionis, sequens locus est ut videamus, et idem qui amplius expositus naturam hujus actionis continet; quod tertium, ut dixi, Justinianus posuit. Propria hæc duo; arbitrium judicis præcedens, et sententia quæ sequitur; non tamen sententia simpliciter, sed sententia ex arbitrio pendens. In utroque hoc officium judicis, quod in commune describit in extremo Justinianus: *permittur*, inquit, *in his actionibus judici, ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat.* Quo intelligimus potestatem istam atque officium ad utramque illam partem pertinere.

Quid contineat et postulet in utroque, videndum.

V. Et arbitrium quod hic dicitur, est jussus judicis, quem velut arbiter honorarius interponit, rei amice velut componendæ caussa; unde arbitrii nomen, quo jubet reum aliquid facere, convenienter ejus actionis quæ intentata est, naturæ; ut nisi paruerit reus, condemnatio sequatur, ea quam hujus generis propriam esse dicemus. Ita describitur arbitrium hoc in *L. qui restituere, D. de rei vind.* ubi tamen arbitrium dicitur in fine *arbitratus*, qui idem et *jussus* in principio. Sic et jussus dicitur in *§. item actio supra hic.* Quod jubet judex, unum est ex his tribus, rem de qua agitur aut restitui, aut exhiberi, aut solvi, prout ad restituendum, aut exhibendum, aut solvendum certo loco quid agetur; quibus in caussis arbitrariæ actioni locus est, quod significatur hic in principio. Idque ipsum illud est quod superior definitio præcipit faciendum, secundum cujusque rei de qua actum est, naturam. Hæc cum jubet judex, non tantum jubere et arbitrari, sed etiam arbitrium dare dicitur, pro edere et interponere arbitrium ac jussum *d. L. item si eum, §. hæc autem, D. quod met. cau. L. arbitrio, §. 1. D. de dol.* Notandum, quidquid hic jubet judex, hunc jussum dici et arbitrium, non sententiam, *d. L. item si cum §. hæc autem, D. quod met. caus.* quia in usu juris, sententiam eam proprie dicimus qua lis deciditur, *L. quod jussit, D. de re jud.* Quod non fit, arbitrio interposito, in his actionibus. Nam si eo arbitrio lis decideretur, nullæ essent amplius in ea caussa partes judicis, nec amplius sententiam ferre posset, quippe qui judex esse desiisset, *L. judex posteaquam D. de re jud.* Nunc antem arbitrio superiore dato, adeo lis non deciditur, nec adimitur propterea potestas sententiæ posterioris ferendæ, ut hoc ipso interponatur arbitrium, quo deinde condemnatio aut absolutio, id est sententia sequatur. Et tamen nihil prohibet hoc arbitrium dici sententiam, ut interlocutio omnis judicis ad præparationem caussæ aut sententiæ pertinens, et ipsa sententia dicitur generaliter, *L. qualem, §. ult. D. de recep.* Sed generis nomen quod erat, contractum est ad eam quæ rem finit propter excellentiam. Interdum tamen nullum hujusmodi arbitrium interponitur quale diximus, sed statim fit condemnatio in his ipsis actionibus arbitrariis; quod fit, cum constat rem de qua agitur restitui aut exhiberi non posse, *d. L. arbitrio §. 1. D. de dolo.*

VI. Arbitrium sequitur sententia judicis. *d. L. item si cum, §. hæc autem, quod met. cau. d. L. arbitrio, D. de dolo.* Habet hæc sententia absolutionem aut condemnationem, ut reliquæ, *L. 1. D. de re jud.* sed in hoc genere actionum, utramque ex arbitrio judicis pendentem. Sequitur absolutio duobus casibus. Uno, si reus paruerit arbitrio et jussui judicis; puta, ut qui judicis jussu rem metu extortam restituit, absolvatur, *§. item actio, supra hic.* Altero, si non paruerit quidem, sed sine dolo malo et culpa ejus factum sit quominus possit rem restituere, ut in specie actionis Quod metus caussa declaratur in *d. L. item si cum, §. aliquando, Quod met. cau.* Quo casu dicitur illic ab Ulpiano arbitrium adferre absolutionem, quia adfert per occasionem. Nam vere, aut recta solum absolutionem parit, quod reus paret arbitrio; aut perinde habetur quasi paruisset; ut hoc casu posteriore. Sed quoniam enm perinde id habetur, vere non paruit, ideo arbitrium ipsum videtur solum esse in caussa cur reus absolvatur, quia nisi arbitrium intervenisset, reus non absolveretur. Quod si his casibus solis absolutio arbitrium sequitur, fit ut, arbitrio dato, tum sequatur condemnatio, cum nequa reus fecit quod jussus est, et per eum stetit, quominus faceret. Hanc condemnationem in actionibus quæ ad restituendum sunt aut ad exhibendum, duplicem esse animadverto. Aut enim quadrupli est; et hæc solum propria actionis Quod metus caussa, idque intra annum, de qua in *d. L. item, si cum §. 1. §. hæc autem, quod met. cau. d. §. item actio, supra hic.* Aut est in id, quanti ea res est de qua agitur, atque hæc ipsa rursum duplex. Alias enim æstimatur res jurejurando actoris; quod fit, cum reus per contumaciam aut dolo malo rem non restituit aut exhibet, *L. arbitrio,* in pr. *de dol, L. qui restituere, D. de rei vind. L. 1. L. 2. L. 5. D. de in lit. jur.* Alias æstimatur tantum lis ex vero, id est quanti est re vera, jurejurando actori non delato, *d. L. qui restituere, D. de rei vind. L. in actionibus, vers. plane, D. de in lit. jur.* Cum autem judex jusjurandum defert in litem, æstimandum illi permittitur utrum in infinitum permittat actori jurare, an vero jurijurando taxationem adjiciat, intra quam juretur; et cum juratum est, utrum jusjurandum sequatur, an possit vel prorsus reum absolvere, vel minoris condemnare; de quibus quid servandum sit, est in *L. 4. §. jurare, §. pen. D. de in lit. jur.* Quibus cognitis, cum hic dicat Justinianus permitti judici in his actionibus ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua agitur na-

turam, æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat; si quis quærat quæ sint judici ad eam rem æstimanda, et quibus isto modo actori satisfiat, habet ea in his quæ diximus, breviter exposita. Hæc in summa, ut post interpositum arbitrium (nisi tamen videatur non esse interponendum, ut fit interdum), æstimet judex ad futuram sententiam, utrum reum absolvere debeat, an condemnare. Absolvendi conditiones certæ; condemnandi contrariæ. In condemnatione, ut litem æstimet eamque æstimationem, pro genere actionis proque dolo aut culpa rei, ita moderetur, ut supra dixi.

VII. Et hæc omnia de natura harum actionum, deque potestate et officio judicis in illis, usque adhuc certa et communia in actionibus ad restituendum et ad exhibendum, quæ duo sunt priora genera earum actionum de quibus paulo post. Habent et ipsa locum in actione De eo quod certo loco promissum est, quod est tertium genus; sed tamen nonnihil hujus proprium, diversum a cæteris, quod peculiariter videatur observandum de arbitrio et officio judicis. Est igitur et hæc arbitraria, cum alio loco agitur, ut hic traditur; non tamen quia semper arbitrium judicis sententiam præcedat in hac actione, sed quia interdum; cum autem hoc arbitrium non recipit, habet aliud quod committatur arbitrio judicis, unde et fiat arbitraria. Duo sunt igitur quæ hanc arbitrariam faciunt. Primum illud semper, quod cum hac actione alio loco agitur, et placet interim utilitatem loci constituti reo servari; committitur arbitrio judicis hæc ipsa æstimatio, ut æstimet ex æquo et bono, quanti intersit promissoris constituto potius loco solvere, quam in eo in quo agitur. In quo et actoris quoque, pro æquitate ejus arbitrii, ratio habetur; atque hinc maxime hujus arbitrariæ nomen, *L.* 3. *L.* 2. in pr. et §. *ult. L. certum*, illic *circa cujus*, *D. de eo quod cert. loc.* Sed hoc commune huic actioni cum bonæ fidei judiciis, nec satis idoneum cur dicatur ex arbitrio judicis pendere. Alterum est proprium hujus generis, quo ad definitionem quoque superiorem pertinere intelligitur, quod et hujus condemnatio aut absolutio interdum pendet ex arbitrio judicis præcedente. Nam, sive reus pecuniam loco constituto obtulit, sive dicit se eam eo loco deposuisse ad solutionem, sive dicit eam loco constituto facile solvi posse; audiendus est, si postulet sibi fieri potestatem solvendi constituto loco, cautione in eam rem exacta: hoc in *L.* 4. §. 1. *D. de eo quod cert. loc.* Ex quo colligimus in eo officium esse judicis, ut jubeat reum, bis casibus, pecuniam loco constituto solvere et eo nomine cavere; hac lege videlicet, ut si reus huic arbitrio pareat, absolvatur; si non pareat, condemnetur ut eo ipso loco quo actum est, solvat.

VIII. Cognita definitione arbitrariæ actionis, tum ejus natura quæ hoc ipsum arbitrium efficeret, unde est nomen et definitio, reliquum est ut videamus tertio loco quod secundum Justinianus posuit, quæ sint actiones hujus generis. Quæstio quidem natura ordine prima, si dubitaretur an essent aliquæ actiones arbitrariæ, et enumeratione generum id probandum esset. Prius est enim ut sit actio, quam ut qualis sit quidve contineat, quæratur. At hoc posito esse aliquas arbitrarias, quod hic pro certo ponitur, uti et constat esse quasdam bonæ fidei, quasdam stricti juris; nihil aliud sequitur quam ut quæratur quid sit hoc verbi, quid singularum proprium, quo aliæ distent ab aliis, tum quæ in hoc numero, id est quæ ista conditione quæ exposita est, habeantur. De eo Justinianus ita scribit, ut significet ex arbitrariis actionibus quasdam esse ad restituendum, quasdam ad exhibendum, quasdam ad solvendum. In noxali autem actione hanc esse disjunctionem, ut ista fiant, aut servus noxæ dedatur. In quo hæc genera illum notasse apparet. Sed in his omnibus particula *veluti* tantum usus, ut diceret, veluti rem restituat vel exhibeat; et reliqua eodem modo, tum hæc ipsa genera postea, exemplis quarundam actionum tantum indicatis, dubium fecit, essentne genera hæc sola an plura, et an omnes horum generum essent arbitrariæ. De quo sic breviter constituimus, actionum arbitrariarum tria esse genera; aut enim esse ad restituendum, aut ad exhibendum, aut ad solvendum. In aliquo genere, ex his semper esse noxalem. Quæ ad restituendum sunt, omnes esse arbitrarias, dum non sint bonæ fidei. Ad exhibendum, omnem arbitrariam sine exceptione. Ad solvendum, eas tantum quæ sunt de eo quod certo loco debetur. Sed hæc et explicationis et confirmationis indigent. Quare singula videamus.

IX. Et de iis quæ sunt ad restituendum, sic statuo, inquam, quibus actionibus id agitur, ut res nostra aut ad jus possessionemve nostram pertinens, nobis restituatur (nam in his proprie restitutionis verbum obtinet, cum de re actori restituenda agitur), omnes, dum bonæ fidei non sint, esse arbitrarias. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Omnes in rem actiones ad resti-

tuendum competunt. Et omnes item arbitrariæ, excepta hereditatis petitione, quam bonæ fidei esse diximus, non quod non admittat eandem æquitatem arbitrii et restitutionis, qualem esse diximus in reliquis in rem; sed quia dum idem fit, non necesse est aliter dici quam bonæ fidei, cum id consequatur bonæ fidei potestate, non arbitrii conditione, a qua sola dicuntur actiones arbitrariæ, de quo paulo post plura. Reliquæ, ut dixi, arbitrariæ; quod ex generibus earum facile intelligetur. Nam aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles, quibus rem nostram petimus, sive ea corporalis est sive incorporalis. Prætoriæ cæteræ, de quibus in §. *sed istæ* et deinceps, *supra eod.* Prætorias arbitrarias esse declarat hoc loco Justinianus Publicianæ et hypothecariæ exemplo; has enim cum exempli loco, addita scilicet particula *veluti*, arbitrarias esse dicit, satis significat non has solum, sed et cæteras ejusdem generis, id est, in rem et prætorias esse arbitrarias. Et sunt omnino, utpote in quibus sit idem jussus judicis de re restituenda, et nisi jussui pareatur, eadem condemnatio, ut significatur regula generali Ulpiani tradita in *L. qui restituere*, in fin. *D. de rei vind.* Et certe quod dicitur hypothecaria arbitraria esse, eo fit, quia prius possessor jubetur hypothecam quam possidet, creditori restituere; ac nisi restituit, sequitur condemnatio arbitrariarum actionum propria, in id scilicet quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, ut declaratur in *L. si fundus*, §. *in vindicatione*, *D. de pig.* Cæterum prætoriarum cum eadem petitio sit, eadem restitutionis æquitas; idem quoque arbitrium judicis et eandem condemnationem in his esse necesse est: unde et arbitrariarum nomen. De rei vindicatione quæ civilis in rem actio est, nulla mentio hoc loco; sed ideo quia, prioribus positis, non fuit necesse. Nam, si in iis actionibus in rem quibus non petimus rem nostram, sed aliter ad jus nostrum pertinentem, admittitur ea æquitas arbitrii et condemnationis quam diximus; quanto magis intelligi debet admitti eam in eo genere in quo rem nostram petimus? Et vero in hac præcipue idem jussus de re restituenda, et re non secuta, idem exitus condemnationis, ut explicatur in *d. L. qui restituere*, *D. de rei vind.* Atque hæc arbitrariarum actionum definitio est et nota, ut eæ sint in quibus condemnatio ex arbitrio judicis pendeat, ut hoc loco definitur. Est igitur et hæc præcipue actio arbitraria. Proinde omnes in rem actiones arbitrariæ, ut proposui.

X. De actionibus in personam, quæ ad earundem rerum restitutionem competunt, idem judicandum est, dum, ut dixi, non sint bonæ fidei. Indicatur id quoque aliquo modo hoc loco exemplis duarum actionum Quod metus caussa et De dolo, quas Justinianus aperte hic actionibus in personam subjicit, et constat competere, ut restituatur quod metu extortum aut dolo expressum est; quarum exemplis et antea sum usus, et quam essent dicerenturve arbitrariæ ostendi. Sed an hæ solæ ex hoc genere essent arbitrariæ dubitari potuit; cum hæ propter metum et dolum qui intervenit, videri possent singularem quandam restitutionis æquitatem et delicti coercitionem desiderare. Verum, ne dubitemus cæteras quoque in personam quæ sunt ad restituendum, similiter esse arbitrarias, facient exempla actionis Rerum amotarum, item Favianæ de his quæ in fraudem patroni alienata sunt. Rerum amotarum actio condictio est, *L. rerum*, 26. *D. rer. am.* proinde actio in personam, §. *appellamus*, *supra hic*. Favianam actionem in personam esse, non in rem, disertè scriptum est in *L.* 1. §. *hæc actio*, *D. quæ in fraud. patr.* Harum tamen in utraque traditur, si res non restituatur, damnari reum quanti actor in litem juraverit, *L. si cum dos*, §. 1. *D. rer. am.* *L. tenetur*, 5. *D. quæ in fraud. pat.* Quo quidem non aliud significatur, quam in his id fieri quod in cæteris actionibus arbitrariis fieri supra diximus, prius nimirum juberi reum rem restituere; si non restituit, litem adversus eum æstimari, quanti res est jurejurando ab actore æstimata; quibus conditionibus jusjurandum in litem deferri solet, *L.* 1. *L.* 2. §. 1. *D. de in lit. jur.* *L. arbitrio*, *D. de dol.* *L. qui restituere*, *C. de rei vind.* Atque hoc cum fit, actio est arbitraria; hac enim de caussa, actio Quod metus caussa et De dolo dicuntur hoc loco arbitrariæ, *d. L. arbitrio*, *D. de dol.* Confectum est igitur quod posui omnes ad restituendum actiones, si bonæ fidei non sint, esse arbitrarias.

XI. Si sint bonæ fidei, ut possunt esse, qualis est commodati, depositi, locati, nihil vetat idem arbitrium de re restituenda prius interponi, ac nisi arbitrio pareatur, idem jusjurandum in litem deferri actori. Immo vero in his quoque isto modo res transigi solet; ejusque rei certum argumentum est, quod in his æstimatur lis jurejurando in litem, re non restituta, *L.* 5. *L. tutor*, *D. de in lit. jur.* *L.* 3. §. *in hac*, *D. com.* *L.* 1. §. *in deposito*, *D. depo.* Non enim in actionibus quæ ad restituendum sunt, huic jurijurando locus est,

nisi ob contumaciam non restituentis; nec contumacia, nisi ejus qui non paret judicis arbitriu, *d. L. 1. L. 2. §. 1. de in lit. jur.* Sed fit hoc totum, natura et potestate harum actionum omnem speciem æquitatis complectente; sunt enim bonæ fidei. Bona fides, cum summam æquitatem per omnia desideret, *L. bona. D. dep.* nempe inter cætera hanc quoque ipsam æquitatem restitutionis et arbitrii exigit. Neque ideo dicendæ sunt arbitrariæ, quia id non habent ex arbitrii conditione sola, aliter atque arbitrariæ actiones, quæ hanc unam fere habent speciem æquitatis, ut arbitretur judex primo fieri quod rei petitæ conveniat, post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Denique sic fuit earum vetus formula, non ut judex judicaret in universum ex fide bona, sed juberetur arbitrari de eo quod petitum est, sic deinde condemnare sub conditione. *si ea res arbitrio judicis non restituetur, exhibebitur, L. item si cum, §. pro eo autem, D. quod met. cau.*

XII. Quod ad actionem ad exhibendum attinet, hæc genere et specie una est. Habet enim omnis hanc caussam agendi communem, si actoris intersit rem exhiberi, *L. 3. §. sciendum, D. ad exhib.* finem hunc et ipsum communem, ut res exhibeatur. Variis quidem de caussis potest accidere ut intersit agentis rem exhiberi, quo nomine ad exhibendum agetur, *d. L. 3. §. est autem, D. ad exhib.* Sed hoc non magis facit plures species hujus actionis, quam fiant plures rei vindicationis ideo, quia dominium quod hanc actionem parit, contingere potest ex caussis variis rerum acquirendarum. Et ideo non ut in superiore genere, quod est ad restituendum, Justinianus dixit pluribus ejus generis actionibus eas esse arbitrarias, et certis exemplis uniuscujusque speciei usus est; ita in hoc ad exhibendum: sed verbo generis rem complexus sub appellatione singulari ait, ad exhibendum quoque actionem ex arbitrio judicis pendere. Primum, ut intelligeremus non esse hic quærendum an omnes actiones hujus generis essent arbitrariæ, cum una esset ad exhibendum actio, non generibus plures; deinde ut, si forte occurrerent plures, ut possunt plures esse numero, variis ex caussis natæ ejus quod agentis interest, sciremus omnes esse arbitrarias; quia omnes essent unius generis et unius modi, quarum una æque esset ad exhibendum actio atque altera; ut cum iisdem caussis contineantur omnes, sit et in omnibus eadem arbitrii æquitas et judicii conditio atque exitus. Dicitur autem et actio ad exhibendum ex arbitrio judicis pendere, id est esse arbitraria, quia et in hac fit idem quod in superioribus. Nam et hic reus contumax per iu litem jusjurandum petitori damnatur, *L. 3. §. præterea, D. ad exh. L. 2. §. 1. de in lit. jur.* Hoc autem fit eodem modo, quo supra. Postquam actor docuit sua interesse rem exhiberi, jubetur exhibere; nisi exhibet, condemnatur quanti actor in litem juraverit. Ita pendet hæc itidem condemnatio ex illo arbitrio judicis.

XIII. De iis actionibus in personam, quibus agitur ut quid solvatur, solæ hæ sunt arbitrariæ quibus petitur quod certo loco dari debet, cum alio loco agitur; quod concessum est *§. loco infra eod. L. unica, C. ubi conven. qui cer. loc. dar. prom. L. 1. D. de eo quod cer. loc.* Si quidem certo loco promissum sit, nempe stipulanti, ut sit ex stipulatu actio, jus certum, *d. L. 1. de eo quod. cer. loc. d. §. loco, infra*, de quo ideo et hoc loco scriptum est. Sed nihilominus, etsi quid debeatur certo loco aliter quam ex stipulatione, idem juris est; veluti ex testamento, aut ex mutui caussa, *L. si heres. L. seq. D. de eo quod cer. loc.* Aliam hujus generis actionem arbitrariam non agnoscimus. Quid tamen de redhibitoria dicemus? Nam et ea id agi constat, ut pretium reddatur emptori et, ut edictum ædilicium loquitur, ut solvatur, *L. ædiles etiam, §. ult. L. redhibitoria, D. de æd. ed.* Et tamen hanc actionem esse arbitrariam ex eo intelligere possumus, quod bujus condemnatio dicitur pendere ex arbitrio judicis, si pecunia soluta non erit a venditore, aut emptor qui eo nomine obligatus erat, non liberatus, *d. L. redhibitoria, d. L. ædiles etiam, §. ult.* Dicemus, si redhibitionis nomine agatur ex empto, ut potest, *L. ex empto, §. 1. D. de act. em.* non esse hanc arbitrariam, etsi maxime præcedat arbitrium et jussus aliquis judicis condemnationem. Est enim actio ex empto bonæ fidei, *§. actionum autem, supra hic.* Jam autem ostendimus quæ actiones sunt bonæ fidei, eas non esse arbitrarias. Sin, tanquam ex edicto ædilium, agitur actione in factum, quales solent esse actiones ex edictis prætorum, et hanc talem esse constat, *L. quod si, §. in factum, D. de æd. ed.* non negabimus esse arbitrariam; quod pluribus ostendi in commentario de ædilicio edicto. Neque ideo superiora mutamus. Non enim redhibitoria ea parte arbitraria est, qua id agitur ut pecunia solvatur, cujus pecuniæ condemnatio semper una et certa est; sed qua parte id agitur ut liberetur emptor, uti eodem edicto cautum est. Tunc enim huc spectat actio, ut restituatur emptori sua libertas quæ illi per caussam vitiosi mancipii venditi ablata est. Jam autem dixi omnem actionem ad re-

stituendum, si bonæ fidei non sit, esse arbitrariam.

XIV. De uno genere hic dubitatur, noxali actione videlicet, id est ea quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus, vel litis æstimationem sufferat, vel servum noxæ dedat, *L. 1. D. de nox. act. infra eod. tit.* in pri. Hanc quoque esse arbitrariam Justinianus hoc loco aperte scribit, cum eam cæteris annumerat eodem contextu, cum ait denique etiam hujus condemnationem pendere ex arbitrio judicis, et sequi, nisi dominus eum quo agitur condemnatus, aut solvat aut ex noxali caussa servum dedat. Atqui non esse hanc arbitrariam hoc exemplo convincitur, si proponas agi noxali actione de damno a servo dato. Non enim potest dici hoc casu actio esse arbitraria, nisi aut condemnatio hujus judicii arbitrio judicis committatur, ut fit in actione arbitraria de eo quod certo loco promissum est, *L. 3. de eo quod. cer. loc.* aut arbitrium et jussus condemnationem præcedat, quam deinde sequatur condemnatio in æstimationem damni. Horum neutrum fit in hac actione. Nam primum hic judici præscribitur jure, quam sententiam ferat; ut dominum scilicet in decem, aut servum noxæ dedere condemnet, *infra de off. jud.* in pr. Quod necesse habet facere judex, id ejus potestati et arbitrio non subjicitur, *L. verbum oportere, D. de verb. signif.* Hoc amplius, ibidem et statim jubetur judex ita dominum condemnare, postquam probatum erit servum damnum dedisse. Quæ res adimit omnem arbitrii prius interponendi facultatem, cui parendo liceat hanc condemnationem evitare, ut fit in actionibus arbitrariis. Non est igitur sine dubio ex hac caussa actio noxalis arbitraria, aut pendens ex arbitrio judicis. Quod et verum est, nec contrarium scribit Justinianus. Quemadmodum enim, cum dicit inter cætera condemnationem pendere ex arbitrio judicis, id est actionem esse arbitrariam, si is cum quo agitur non solvat, non sic accipiendum est ut velit omnem actionem ad solvendum esse ejusmodi, sed aliquando, ut cum agitur alio loco de eo, quod certo loco dari oportet; ita et cum in noxali caussa idem evenire dicit, sic accipere debemus ut ea actio aliquando sit arbitraria, non semper, neque ex omnibus caussis. Animadvertendum est enim Justinianum initio, quo loco actiones arbitrarias proponit, de his exempli caussa dicere, non autem definire in universum, quæ sint actiones arbitrariæ. Et res ita habet. Interdum noxalis actio arbitraria non est; interdum est arbitraria. Ex quibus caussis, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, actio arbitraria non est, ex iisdem caussis, si ob maleficium servi adversus dominum noxali agetur, noxalis actio non erit arbitraria; optima ratione, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est quæ in directa, nisi quod in noxali hæc disjunctio est ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat, *d. tit. de off. jud.* in pr. At hoc fit simul et conjunctim. Unde eveniet ut, si de æstimatione damni nullum arbitrium judicis præcedit, ne præcedat quidem de noxæ deditione, cujus præstatio eodem tempore injungitur; proinde et tota condemnatio in hac actione statim et eodem tempore ad damni æstimationem, aut noxæ deditionem conferatur. Accidit hoc in iis actionibus ex maleficio, ex quibus pecunia solum petitur, ut legis Aquiliæ de damno dato, furti, injuriarum. Contra, si quibus ex caussis dominus ex maleficio suo conventus teneatur arbitraria, ex iisdem caussis conventus ex maleficio servi, noxali actione tenebitur simul et arbitraria; scilicet ut arbitrium quod, in directa actione adversus dominum, contineret jussum de re sola restituenda, hoc in noxali itidem præcedat de ea re; sic tamen ut simul conjunctum habeat jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctione ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat. Quod si neutrum fecerit, tum condemnetur in litis æstimationem, qualis adversus eum futura esset suo nomine. Finge servum metum adhibuisse et per vim quid abstulisse. Erit eo nomine Quod metus caussa actio adversus dominum noxalis, *L. quod dicimus, D. quod met. cau.* Hanc vero arbitrariam esse intelligimus, id est, judicis officium in ea tale esse, ut primum arbitretur et jubeat judex dominum rem a servo extortam restituere, aut servum noxæ dedere disjunctim. Quod nisi dominus faciat, tum is in quadruplum condemnetur; quæ condemnatio est ejus actionis propria.

## CURARE.

### §. XXIII.

*Sententiam certam ferri debere, definitio quam apposite subjecta hoc loco, et quam hic sententiam habeat.* I.
*Curare debere necessitatis.* II.
*Sententia incerta cur non valeat.* III.
*Certa sententia quæ.* IV.
*Id quod interest incertum: peti id omnibus judiciis, ubi quid fieri debuit. Hic tamen sententiam certam ferri debere.* V.
*Incertam sententiam interdum ferri necesse esse, ac tum valere; et ubi id accidat.* VI.

**Curare autem debet judex ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat: etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.**

I. Non temere est quod, de certa sententia ferenda, hoc loco superiori divisioni actionum subjicit. Nam in bonæ fidei actionibus dixerat permitti judici æstimare quantum alterum ex litigatoribus alteri præstare oporteret ex æquo et bono, §. *in bonæ, supra.* Et in actionibus arbitrariis prope idem proxime statuerat; judici videlicet permitti æstimare quemadmodum actori satisfieri oporteat. Quibus verbis satis intelligitur, si quæ hic judex æstimet, hæc eum certa facere debere, et sententia sua ita complecti. Neque enim æstimat judex, nisi quod præstetur, seu quo satisfiat alteri. Neque vero præstari potest, nisi certum; nec satisfieri alteri nisi re certa. Sed quia permittendi verbo usus erat, quo verbo res potestati judicis subjicitur, non juris necessitati, *L. non quidquid, D. de jud. L.* 1. *C. quom. et quand. jud.* et præterea hanc æstimationem tribuerat superioribus tantum duobus judiciis, bonæ fidei, et arbitrariis; tria hinc nata sunt circa hanc æstimationem, de quibus dubitaretur. *Primum,* an etiam in suprascriptis judiciis judex in re æstimanda certam sententiam, id est certæ rei et quantitatis ferre deberet. *Alterum,* an in his solum certam sententiam ferre, an vero etiam in omnibus. *Tertium,* an et tunc, cum de incerta quantitate apud eum actum est. Quæ cum ex proximis definitionibus nascerentur, commodum subjecit Justinianus de certa sententia ferenda, quod ut ad eas dubitationes dirimendas, sic ad omnia judicia pertineret; atque ita definit: Quidquid de potestate æstimandi, judici in superioribus judiciis duobus permissa diximus; sciendum est judicem curare debere ut in his certam sententiam ferat: nec in his tantum, sed facere id debere omnino, vel ut in aliis exemplaribus legitur, *omnimodo.* Quod sic interpretandum est, ut debeat in universum et sine exceptione, in judiciis omnibus, tum stricti juris tum superioribus, denique ubicunque sententiam feret. Neque solum debere tune id facere, eum res aut quantitas certa petita est, sed etsi de incerta quantitate apud eum actum sit; cum hac tamen exceptione, quatenus fieri id possit. Quæ hujus loci sententia est; cumque ad omnes pertineat, quam recte tamen cohæreat cum præcedentibus, et quam apte quamque prope necessario hoc loco inseratur, apparet.

II. Ait, *curare debet judex, ut certam sententiam ferat.* Præceptum hoc est, non simplicem admonitionem continens, quomodo quam optime judex se gerat in sententia ferenda, sic tamen ut, si forte secus faciat, sit impune; sed rem necessitati juris subjiciens, ut, eum alibi dicitur judicem observare debere ne aliter judicet quam jure proditum est: ubi certum est hoc exigi ut faciat, alioqui ratum non sit quod dixerit, *tit. de off. jud.* in pr. *infra.* In proposito autem, adeo necesse est ut judex certam sententiam ferat, ut nisi faciat, sententia non valeat ipso jure, nec rei judicatæ habeat auctoritatem, *L. pen. L. ult. C. de sen. quæ sine cer. quan. prof. L. in sententiis, D. de re jud.*

III. Merito: nam nec res judicata est, cum sententia sine certa re aut quantitate profertur; si quidem ea res judicata est, quæ finem accipit controversiarum sententia judicis, *L.* 1. *D. de re jud.* Non imponit autem finem controversiæ ea sententia, cujus ex conceptione non apparet quid quantumve præstandum sit de quo quærebatur. Hæc sententia juris, certam sententiam ferri debere, generalis est, non ad unum genus actionum pertinens, sed ad omnia quibus id agitur ut reus ad aliquid

præstandum damnetur, *d. L.* pen. et ult. *C. de sent. quæ sin. cer. quan. d. L. in sententiis, de re jud.* ut, si de certitudine sententiæ ferendæ quæritur, dubitari non debeat quin ad omnes omnino actiones pertineat hujus loci definitio.

IV. Certam tamen sententiam intelligere debemus, non eam tantum quæ verbis certam rem aut summam expressam habet; sed etiam quæ, rem aut summam non exprimens, tantum demonstrat ex loco certo, ubi ea res aut summa certa continebatur; ut si dicat judex: Solve quod petitum est, cum certum petitum esset, idque ex actis constaret: Solve quod illis codicillis continetur: cum codicilli in judicio essent prolati, *L. in sententiis*, in fin. pr. *L. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quantit.*

V. Ait, *etiam si de incerta quantitate apud eum actum est.* Additum propter obligationes faciendi, in quibus, si factum non sit quod debuit, obligatio et petitio est in id quod actoris interest, *L. si pœnam. L. stipulationes non*, vers. *Celsus. L. quoties quis. D. de ver. ob. L.* 1. in pr. *D. de act. em.* Id autem quod interest, incertum, *d. L. si pœnam. D. de verb. obl.* §. *ult. Inst. eod. L. ult. D. si quis in jus voc. non ier.* de quo scripsi ad *d. L. si pœnam.* Hoc ergo Justinianus vult intelligi, etsi in id quod interest actum sit, cujus quantitas incerta est, nihilominus judicem prius cognoscere debere quanti intersit actoris; et quantum id esse cognoverit, tantum sententia complecti, et in eam summam reum condemnare, ut fieri debere præcipitur in *L. unica, C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* Si condemnaverit his verbis: Solve Titio quanti ejus interest: nihil egit, tametsi id dixit quod petitione continebatur, *arg. in d. L.* pen. et ult. *C. de sent. quæ sine cer. quan. prof.* Neque vero metuemus ne, cum judex de incerta quantitate ejus quod interest aditus, in certam quantitatem reum condemnaverit, videatur in aliam rem condemnasse quam petita est, contra *L. ult. C. de fid. lib.* Nam et cum certam summam dicit judex ejus quod interest, non aliam rem dicit, sed eam quæ petita erat explicat nihilominus, ut dicat eandem quam actor intelligi voluit; ut de frumento commodissime dictum est a veteribus, eum qui excussit frumentum ex spicis, non novam speciem facere, sed eam quæ est detegere, *L. adeo.* §. *cum quis ex aliena*, in fin. *D. de acq. rer. do.* Animadvertendum est autem, vel hanc ipsam adjectionem facere, ut definitio hujus loci referri debeat ad omnes actiones; arbitrarias quidem certe, de quibus egit proxime; sed non minus ad eas quæ sunt bonæ fidei et quæ stricti juris. Quid enim? an dubitamus, in his judiciis posterioribus, de obligationibus faciendi sæpe agi, et venire in judicium id quod interest, id est rem incertam? Actio ex empto bonæ fidei actio est, §. *actionum, supra.* Si tamen res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, *L.* 1. in pr. *D. de act. em.* Actio ex stipulatu stricti juris, *L.* 5. in fin. juncta. *L. alias. seq. D. de in lit. jur.* Et quis ignorat in stipulatum ut plurimum deduci ut quid fiat; et si id factum non sit, venire incertum, id est id quod interest? *d.* §. *ult. Inst. de verb. obl. L. si pœnam, D. eod. L. ult. D. si quis in jus voc. non ier.* Quinimmo, cum ex stipulatione duæ sint actiones, condictio certi, et ex stipulatu; ex stipulatione certa certi condictio est; nunquam ex stipulatu, nisi ex incerta stipulatione, *supra de verb. obl.* in pr. Quare, si in omnibus actionibus certa sententia esse debet, et omnes admittunt ut de incerta quantitate agi possit; dubitandum non est quin definitio hujus loci utrumque complexa, ad omnem actionem, non ad proximum tantum genus debeat referri.

VI. Ait, *quantum possibile ei sit.* Quo significatur, non omnem sententiam quæ fertur sine certa re aut quantitate, non valere: sed tunc, cum natura rei patitur ut certa sententia ferri possit: cæterum et tunc valere, cum per rei petitæ naturam non licet judici aliam sententiam ferre quam incertam. Quando autem certam sententiam ferre possit judex, quando non possit, si quæritur, ita recte definiemus, semper certam sententiam ferri posse a judice, nisi cum rei petitæ præstatio pendet ex electione debitoris; quod accidit in pluribus rebus disjunctim aut generaliter promissis, ut declaratur in §. *si quis agens*, vers. *huic autem et seq. infra eod.* In his cum sit debitoris electio, placet quoque talem actoris petitionem esse debere, ut eodem modo petat quo stipulatus est, id est disjunctim Stichum, aut decem, aut generaliter hominem, ut ibidem scriptum est. In hujusmodi vero petitione fieri, non potest quin eadem sit condemnatio judicis, id est incerta, ne, in unam rem certam promissorem condemnando, adimat ei electionem quam et stipulatio et petitio actoris illi tribuit; de quo scripsi *ad L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obligat.*

## SI QUIS AGENS, USQUE AD §. SI MINUS.

### §. XXIV.

*De plus petitionibus hoc loco agendi occasio, et totius loci summa.* I. II. III.

Si quis agens, in intentione sua plus complexus fuerit quam ad eum pertineat, caussa cadebat, id est, rem amittebat: nec facile in integrum, restituebatur a prætore, nisi minor erat vigintiquinque annis. Huic enim, sicut in aliis caussis caussa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat; ita et in hac caussa succurri solitum erat. Sane si tam magna caussa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset; etiam majori vigintiquinque annis succurrebatur, veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitor quam dodrantem, atque ideo lege Falcidia legata minuebantur.

I. Superioribus divisionibus cum docemur quid et quantum quaque actione petere possimus, eadem opera hoc docemur, neminem recte agere, nisi qui petit quod debetur et quantum debetur. Hinc quæstio, si actor in agendo non servarit hanc legem, ut solum peteret quod quantumve debetur, an impune id faciat necne. Ideo peropportune ea quæstio, post superiores divisiones expositas, hoc loco a Justiniano explicatur, pertinetque ea tractatio usque ad §. *sunt præterea, infra.* Est autem totius disputationis hæc summa. Ei qui superiorem legem non servarit, interdum petitio nocet, interdum non nocet: id accidit ex eo, quod contra eam legem fit non uno modo, neque omnes modi eodem jure tenentur. Aut enim plus petitur quam debetur, aut minus, aut aliud. De prima specie agit Justinianus in §. *si quis agens, usque ad* §. *si minus*; ibi deinceps, de duabus posterioribus. Si quis plus petit quam debetur, non modo non consequitur quod petit; sed est etiam pœna adversus eum eo nomine constituta, ut discant omnes jus suum prius diligenter explorare et temperare ab injuria; certe falso et inani judicii metu non creare aliis molestiam. Hæc pœna olim alia fuit, alia nunc est. Sic olim; qui plus petebat, et ut Justinianus hoc pluribus explicat, si quis agens, intentione sua plus complexus esset quam ad eum pertineat, caussa cadebat, id est rem amittebat: *hoc* in pr. *idem in L. si pater*, 36. *D. de sol.* Eratque hæc caussæ amissio ejusmodi, ut adversus eam nemo restitueretur a prætore, nisi ex iis caussis quæ, jure communi, etiam in aliis rebus præberent in integrum restitutionem. Minor potuit restitui ob ætatem ex edicto generali de minoribus. *L.* 1. *D. de min.* Major, si justa facti ignorantia factum esset, cur putaret plus sibi deberi quam vere debebatur; ex illa parte edicti de majoribus restituendis, *item si qua alia mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam*, ut scire licet ex *L.* 1. in fi. *L. sed etsi*, §. *ult. D. ex quib. cau. ma.*

II. Neque hæc pœna solum adversus eum qui re plus petiisset, veluti pro decem aureis, viginti; sed etiam qui plus petiisset quovis modo. Quid ergo, quæreret aliquis, aliis quoque modis plus petitur, quam aut plures res, aut majorem quantitatem petendo quam debetur? Sane aliis; et in summa plus petitur quatuor modis, ut docet et commode explicat in §. *plus autem*, et deinceps, re, tempore, loco et caussa. *Re*, cum re aliqua certa, aut certa quantitate debita, plures res aut major quantitas petitur. *Tempore*, cum quod in diem aut sub conditione debetur, ante tempus petitur. *Loco*, cum quod ut certo loco detur cautum est, vel stipulatione, vel constituto, vel testamento, id alio loco petitur sine loci adjecti commemoratione; nam si loci constituti mentio fiat, licet alio loco petere, constituta in eam rem actione arbitraria, quæ injuriam mutati loci prohibeat. *Caussa*, cum ex pluribus

rebus aut certis disjunctim, aut infinite et generaliter promissis, actor unam aliquam certam petit, auferens reo electionem quæ in hoc genere illi tribuitur; ut caussa hic significet speciem et figuram promissionis. De superiore electione scripsi ad *L. qui ex pluribus*, 106. *D. de verb. obl.* Quibuscunque, inquam, modis ex his quatuor plus petitum esset, ea erat pœna plus petitionis, quam supra diximus.

III. Sed hæc olim. Ab ea recessum esse docet in *§. sed hoc quidem*, idque partim Zenonis constitutione, partim sua; sic tamen, ut alia nunc quoque relinquatur, sed non ita gravis. Zenonis constitutio fuit de iis, qui tempore plus peterent, nec quidquam de ea amplius notat Justinianus in *d. §. sed hæc quidem.* Sed quid illa caverit, exponit pluribus in *§. hodie, infra de excep.* Summa autem hæc, ut adversus eum qui ante tempus petiit, duplicentur reo induciæ temporis; quibus finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ præcedentis litis ei depensæ fuerint. De cæteris qui alio quovis modo plus peterent quam tempore, cavit Justinianus, atque hanc pœnam statuit, ut si quid sit ex ea petitione damni adversario, id ei sarciatur, addita tripli pœna de eo quod, ob majorem quantitatem libello conventionis comprehensam viatoribus præstare coactus esset; de qua pœna in *§. tripli, eod.*

## PLUS AUTEM.

### §. XXV.

*Ante conditionem, de qua incertum est an sit exstitura, si quis peteret olim, eum non esse dictum plus petere, nec rem amisisse.* I.

*Ante diem qui agit, dictus a veteribus male agere; ante conditionem qui agit, dictus nihil facere; cur, et quo id spectet.* II.

*Ante conditionem agendo non amitti rem, quæ nulla adhuc esset, etiam si maxime postea conditio extitisset.* III.

*Ante conditionem agens, quod hic dicitur tempore plus petere et rem amisisse, intelligendum de ea conditione quæ certo exstitura sit.* IV.

*Ante diem qui petit, licet eam tantum summam quæ debetur, cur dicatur tempore plus petere.* V.

Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco, et caussa. Re, veluti si quis, pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam vel majorem partem suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione, qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur: eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur.

I. Tempore, *veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit.* Plus petit, quam debetur, sine controversia, qui ante diem petit; quoniam quod in diem est, etiam ante diem debetur, sive conventione promissum sit, sive testamento relictum, *§. omnis, supra de verb. ob. L. cedere, D. de verb. sig. L. 5. D. quan. di. leg. ced.* At quod debetur sub conditione, ante conditionem exsistentem nec debetur, *d. L. cedere. de ver. sig. d. L. 5. quan. di. leg. ced.* Quomodo igitur ante conditionem agendo dicatur creditor plus petere debito, cui omnino nihil debetur? Hæc res nos admonet, ut quæramus an de omni conditione hic locus, an potius de certo genere, et de quo possit accipi. Et res ita habet, ut de ea conditione de qua incertum sit exsistat necne, accipi nec debeat, nec possit. Meminisse enim oportet pœnam hic esse statutam iis, non qui peterent aliquid; eum his nihil deberetur; sed qui peterent plus quam deberetur, et ut Justinianus proponit in *§. si qui agens*, plus quam ad eos pertineat. Unde *et hoc. §.* is dicitur re plus petere, non cui nihil debetur, et tamen petit; sed qui pro decem aureis qui ei debebantur, viginti petierit. Atque hic etiam constitit responsi ratio in ea quæstione quæ proponitur in *L. si pater*, 30. *D. de solut.* dum in ea specie in qua filius patri, relicta ejus uxore prægnante, heres, totum quod patri debebatur petiisset, quidam

putabat enm nihil consumpsisse, quasi heres esset sub conditione, qua pendente nihil deberetnr. Julianus autem putabat enm amisisse partem eam pro qua heres fuisset, quia constaret eum ex aliqua exstitisse, etsi postea quæreretur ex quota. Cum autem pars ei debita esset, pars non esset, utpote pendente ejus partis conditione; evenire ut intelligeretur plus petiisse debito, quæ res pœnæ plus petitionis locum faceret. Sic tamen, ut utraque ratione declaretur eum cui nihil debetur, cum petit, si quid petat de eo quod forte futurum sit postea, nihil amittere. At cui debetur sub conditione, jam ante ostendi huic, ante quam conditio extiterit, omnino nihil deberi. Qui igitur petit ante conditionem quæ modo vera sit conditio, ad hanc pœnam non pertinet. Præterea, pœna plus petitionis aperte adversus eos est qui petunt, eoque qui faciunt quid; denique qui faciendo delinquunt; non est enim pœna, nisi delicti pœna, *L. aliud est fraus, D. de verb. signif.*

II. Quod sane de his recte dici potest, qui quod ipsis debetur in diem, ante diem petunt; subest enim debitum, quod petant. Unde et hi, ante diem petendo, dicuntur a veteribus agere quidem, sed male et perperam agere, jure bis ante tempus actionem denegante, *L. 1. in fin. D. quan. di. us. leg. ced. L. 2. §. qui ita, D. de eo quod cer. lo.* At non idem dici potest de iis qui petunt ante conditionem. Cum enim his nihil debeatur, nihil habent quod in judicium deducant. Idque iidem illi veteres confirmant. Hinc enim illud Scævolæ, *eum qui ante diem agit, male agere; eum autem qui ante diem cedentem agat, quod fit pendente conditione, nihil facere*, d. *L. 1. in fin. quan. di. us. leg. ce.* Quapropter, utraque de caussa, qui ante veram conditionem petunt, pœna plus petitionis non tenentur. Neque vero dubitandum est quin hoc Scævola et veteres senserint, eum cum cui debetur in diem, ab eo cui debetur sub conditione, in agendo ita distinguunt, ut illum male agere dicerent, hunc nihil facere. Neque enim hoc discrimen ad effectum agendi referri oportet; quoniam effectu tam nihil agit qui ante diem petit, quam qui petit ante conditionem; pariter enim ambo removentur, ille vel jure ipso stipulationis quæ diem inclusum habet, vel exceptione pacti, si convenerit ne ab eo intra certum tempus peteretur, *§. temporales infra de exc.* Restat igitur ut quod hic ad jus actoris non pertinet, ad pœnam ejus relatum intelligatur; aut si certius volumus, intelligatur relatum ad jus aliquod ejusmodi, in quo quærendum sit utrum actor petendo quid egerit, quanvis male, an nihil egerit. Quod quidem nisi ad jus de pœna plus petentium, in quo idipsum quæritur, referri non potest.

III. Postremo, adversus eum qui plus petiit, videndum est quæ sit pœna. Nempe hæc, ut qui petiit, rem amitteret olim, quam ideo consumebat, quia in judicium deduxisset, ut in pr. *§. si quis agens, supra*, et *§. temporales, infra de exc.* At is potest deducere et amittere, cui quid debetur; cui autem nihil debetur, ei nihil est quod possit in judicium deduci aut amitti. Quare, nec is cui debetur sub conditione, ante conditionem agendo, quo tempore nihil ei debetur, quidquam amittere potuit; proinde nec pœna ista plus petitionis ullo modo ad eum pertinuit. Nihil ad rem facit quod forte postea conditio extiterit, quo facto, retroversus a principio interpositæ stipulationis, pecunia deberi existimatur, *L. potior, D. qui pot. in pig. L. necessario, illic, idem Pomponius, D. de per. et com. rei vend.* Non enim eo minus verum erit, eo tempore inspecto quo ante conditionem actum est, actum esse de eo quod nullo modo deberetur. Et nos, in pœna vetere plus petitionis, spectamus id tempus quo quis petiit, non quod postea secutum est. Ad eum enim qui petit, verba hujus juris diriguntur. Quapropter, quod hic dicitur eum tempore plus petere qui petit ante conditionem, sciamus, ut proposui, de ea conditione accipi non posse, quæ an impleatur incertum est, qua pendente nihil debetur.

IV. Reliquum igitur ut de ea accipi debeat, quæ omnimodo exstitura sit; veluti si quis, si morietur vel eum morietur dare promiserit, et stipulator vivo promissore agat. Nam et quod hac conditione promissum est, pendente quoque ea debetur; unde et ante solutum repeti non potest, *L. nam si eum, 17. L. quod si seq. D. de cond. ind.* At enim nihil hic distinguitur de conditione, Quin etiam, cum hic simpliciter nominetur conditio, ea potius videatur intelligi debere quæ vere conditio est, quam quæ minus proprio est conditio; ut ubique, quoad potest, verbis et maxime significationi propriæ serviatur, ut præcipitur in *L. 1. §. licet, in fin. D. de exer. act. L. non aliter, D. de leg. 3.* Sed ibidem adjicitur id faciendum in re dubia, et nisi appareat aliud sensisse scriptorem. Hic autem, ex propositione satis intelligitur de quo die, et de qua conditione definitionem accipere debeamus. Propositio est de eo quod plus petitur tempore, id est ita petitur ante tempus, ut peti quidem jure

non possit, debeatur tamen. Nam, si in eo nihil est quod debeatur, quomodo dici possit quidquam plus quam debeatur, peti? Quamobrem, ut definitio conveniat propositioni, necessario ita accipienda est, ut dicatur plus peti tempore, veluti si quis petierit ante diem, vel ante conditionem; intellige, quæ modo efficiat ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti quam debeatur de quo nunc agitur. Nisi id fit, inducitur absurda definitio et quæ definito ipso refellitur, statuens illic plus peti ubi plus non esse constat. Inducitur definitio veterum sententiæ repugnans, ut quæ definiat eum qui ante conditionem petat, male agere, eoque incidere in pœnam plus petentium; cum veteres statuant eum nihil facere, aliter atque eum qui ante diem agendo male agit. Scimus autem semper legem ita accipiendam esse, quoad fieri potest, ut vitio careat, *L. in ambigua, D. de legib.* Id quod in proposita definitione, ex structura orationis, tanto facilius admittendum est quam in cæteris, quod hic apparet rem non definiri ex professo, sed exemplum subjiei earum rerum, in quibus eveniat ut plus petatur tempore. Ait enim Justinianus: Tempore, veluti si quis ante diem, vel ante conditionem petierit. Quod cum exempli loco dicatur, addita particula *veluti*, quadrabit recte exemplum, si in his aliquando eveniat, ut tempore plus petatur, etsi non semper.

V. *Qua enim ratione, qui tardius solvit.* Qui ante diem petit, prima facie non videatur plus petere, si majorem summam non petat quam quæ in obligationem deducta est. Ubi enim illud plus, dixerit aliquis, eadem illa summa, non majore inducta? Ergo id declarat Justinianus et ostendit, ante diem agendo, plus peti videri hac ratione, quod qui tardius solvit quam solvere deberet, minus solvere intelligitur. Bene hæc comparat, et eadem ratione constare dicit. Cur enim tardius solvendo intelligatur debitor minus solvere, hæc ratio est, quod in re debita, præter rem ipsam, est etiam fructus quidam et interusurium pecuniæ, atque hoc debitor adimit creditori, cum non patitur pecuniam suo tempore venire ad creditorem, quam apud illum esse conveniebat. Ergo et creditur, ante diem agendo, ideo plus petit, quia intentione sua adimit, quoad in se est, debitori hoc ipsum interusurium quod, propter dilationem illi concessam, penes eum ut pecuniam ipsam manere oportebat. Et in summa, penes quem pecunia esse debet, penes eum esse debet et pecuniæ fructus. Quare, qui pecuniam debitam non patitur esse apud eum apud quem esse debet, simul etiam ei pecuniæ fructum adimit: debitor creditori, suo tempore non solvendo quod debuit; creditor debitori, ante tempus exigendo, quod apud debitorem manere oportuit. In quo aperte plus petitur.

LOCO PLUS PETITUR.

§. XXVI.

*Alio loco petendi quod certo loco promissum est, cur facultas data, et quatenus sine injuria.* I.

Loco plus petitur; veluti cum quis id quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est; verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES? Romæ pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam caussam, alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret quo se soluturum spopondit. Quæ utilitas plerunque in mercibus maxima invenitur, veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub eisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat quo ut sibi detur stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam prætor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem qui loco plus petere intelligitur, proximus est is qui caussa plus petit; ut ecce, si quis ita a te stipuletur: HOMINEM STICHUM, AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deinde alterum petat, veluti hominem tantum aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis, promissoris est electio, utrum pecuniam tantum an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario; et eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriorem. Qua de caussa, talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, et specialiter Stichum petat; aut generaliter vinum stipulatus sit, et specialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur; quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere quam quod peteretur. Quin etiam licet vilissimum sit quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur, quia sæpe accidit ut promissori facilius sit illud solvere quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant: postea vero lex Zenoniana et nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid statui oporteat Zenonis divæ memoriæ loquitur constitutio. Sin au-

tem quantitate vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac caussa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa tripli condemnatione, sicuti supra diximus, puniatur.

1. *Propter quam caussam, alio loco petenti arbitraria actio proponitur.* Si quod certo loco dari promissum est, alio loco non debetur, unde et alio loco petendo plus peti videtur: cur receptum est nihilominus ut alio loco peti possit, si loci constituti commemoratio fiat? Neque enim reo fieri debet injuria, alio loco ut petatur, contra stipulationem; nulli denique jus semel quæsitum adimendum, in præsertim reo, *L.* 2. *D. de his qui sunt sui vel al. jur. L. ult. D. de pact.* Ratio redditur in *L.* 1. *D. de eo quod cert. loc.* ad hanc sententiam, quia ita necesse fuerit actionem alio loco introducere, si volumus creditorem jus suum consequi; nam facile futurum fuit ut promissor, ad eum locum in quem se daturum promisisset, nunquam accederet; vel quod, inquit Cajus, data opera id faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur. Nondum hoc erat satis. Esto enim, dicat aliquis, stipulator suum consequi debeat; at certe debet et reus, maxime cum favorabiliores sint rei quam actores, *L. favorabiliores, D. de reg. jur.* Videamus autem ne isto modo adimatur illi suum, dum petitur alio loco quam debetor. Sed ne id fieret recte provisum est edicto prætoris. Sic enim edicto temperata res est ut, dum stipulatori prospicitur, data alibi agendi facultate, simul consolatur et reo, constituta videlicet in eam rem arbitraria actione; cujus vis et potestas hæc est, ut judex utilitatem loci constituti æstimet, eamque salvam præstet debitori, ut hoc loco fieri debere declaratur: vide quæ scripsi ad *L.* 1. *D. de eo quod cer. loc Si quis tamen Ephesi.* Explicatur hic quod brevius positum est in *L.* 4. in pr. *D. de eo quod cer.* vide commentarios, et in reliqua hujus loci.

## SI MINUS, ET SI QUIS ALIUD.

## §. XXVII.

*Editam actionem emendare et mutare licere, non tantum ante litem contestatam, sed et postea.* I. et seqq.

*Eodem judicio licere mutare actionem quid sit, et quam hoc cum jure Pandectarum conveniat.* II.

*Post litem contestatam accidere quæ dicantur.* III.

*Judicis potestatem non posse excedere ultra id quod in judicium deductum est, quam sententiam habeat* IV.

*Actionis emendatio et mutatio post litem contestatam inducta, an et ubi editionem novam et damnorum prioris litis præstationem desideret.* V.

Si minus in intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat; veluti, si cum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si cum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit; in reliquum enim nihilominus judex adversarium in eodem judicio ei condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis. Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem judicio, cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur; veluti, si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit quod ex stipulatu debetur.

I. Si quis minus petat quam ad eum pertineat, aut aliud petat pro alio; duæ sunt species posteriores in quibus diximus ad §. *si quis agens,* non peti quod quantumve de-

betur. Atque hoc ipsum aliud ut petatur, fit duobus modis, ut bene Theuphilus hic scribit; *re* scilicet, aut *caussa*. *Re*, cum aliud corpus petitur quam quod debetur; ut pro Sticho Pamphilus, ex ea tamen caussa ex qua nobis debetur. *Caussa*, cum idem corpus debitum petitur, sed ex alia caussa quam debetur; ut si petatur ex stipulatu, cum debeatur ex testamento. In quibus omnibus, ut in prima specie plus petitionis, quæri solet ecquid petitio agenti noceat, ne liceat petere postea quod vere debetor, et ex qua caussa debetur. Ac de his Justinianus hoc loco duobus §§. sequentibus. Quas species quoniam in eandem definitionem includere videtur, ideo conjunctim de his dicemus. Sic enim in summa statuit, sive quis minus petat, sive aliud, sive alia actione, nihil ei petitionem nocere qoominus, non dico alio judicio possit petere et consequi quod priore omisit; sed etiam eodem illo judicio quod instituit. Id quam significationem habeat, et num in hac re similia omnia in his caussis, videamus. Et his verbis significatur id quod in *L. edita C. de edend.* edita semel actione, si quid in ea minus recte conceptum sit, licere actori, cognito errore, eam emendare vel mutare postea. Emendare, eandem petitionem retinendo quidem, sed el vel adjiciendo, ut majorem quantitatem petendo, vel qualitatem aliquam detrahendo, ut in *L. in delictis*, §. *si detracta*, *D. de nox. act.* Mutare, vel aliud petendo, vel ex alia caussa. Quod eum dicitur, apparet etiam illud dici, ita actorem remittere posse veterem actionem de alia re aut ex alia caussa institutam, ut eam ad extremum persequi non cogatur. Cui non est contraria *Novel. de litig.* §. *omnem*, qua cavetur, quisquis actionem aliquam movit, ne liceat ei pro arbitrio eam omittere, et in aliud tempus eam differre cum eam persequi velit: sed eam cogatur invitus, postulante adversario, ad extremum persequi. Hæc enim constitutio ad eos pertinet, qui actiones institutas ita omittunt, ut tamen his non renuntient, sed earum exercendarum alio tempore sibi potestatem fieri postulent. Hic de iis agitur, qui a vetere actione quam per errorem male instituerant, ita recedunt ut plane ei renuntient. Quæ renuntiatio ideo admittenda est, quia in actione omissa reo non nocet, sed potius eum adjuvat, ut quæ eum liberet *L. postquam*, *C. de pact.*

II. Hæc omnia eodem judicio licet facere, ut hic cautum est. Eodem judicio sic accipiemus ut, exceptis rebus quæ mutantur, dum aut plus aut aliud in totum petitur, in cæteris omnibus judicii partibus idem judicium intelligamus. Ergo *eodem judicio* hic valet apud eundem judicem, inter easdem personas, nulla nova interveniente in jus vocatione aut litis contestatione. De eodem judice et iisdem personis litigatorum, quibus omne judicium constat, hic expressum est. De nova in jus vocatione et litis contestatione non necessaria quod adjeci, ex eo intelligimus, quod cum omnis litis institutio initium habeat ab in jus vocatione, judicium proprie a litis contestatione incipiat. §. *ult. infra de pœn. tem. lit.* *L. 1. C. de jud.* necesse sit omne novum et aliud judicium videri, quod nova ista interpellatione indiget. Quare, si idem judicium retineri volumus, novam istam vocationem et contestationem remotam esse oportet. Est igitur hæc sententia: actorem qui minus petierat, aut aliud, aut alia actione quam debebatur, posse, apud quem agere cœperat, corrigere errorem suum ut, vel tantundem incipiat petere quantum debetur, vel id quod debetur, vel sua actione agere; idque cum faciet, judicem de eo, sine nova in jus vocatione aut litis contestatione, cognitionem suscipere debere; ut si compererit ita esse, uti errore mutato intenditur, in tantam pecuniam reum condemnare debeat. Sed duo sunt quæ cum hac sententia pugnare videantur, propter quæ etiam incidit locus in difficultatem; duo inquam, quibus efficitur, si quid post litem contestatam in petitionem veniat, novo judicio opus esse; denique judicem eodem judicio de ea re judicare non posse. Unum, quod traditur non posse videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidisset; ideoque alia interpellatione opus esse, *L. non potest*, *D. de jud.* videtur enim postea accidisse quod postea petitur. Alterum, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *L. ut fundus D. com. divi.* Quid est enim hoc, nisi, ultra id quod ab initio in litis contestationem deductum est, judicem judicare non posse? Et de priore facilior responsio est, non pertinere id videlicet ad ea de quibus agitur.

III. Id enim dicitur accidere post litem contestatam, non quod post litem contestatam petitur, sed quod post litem contestatam in obligationem venit, non ante debitum. De quo genere alibi explicatius dicitur, de his quæ postea in obligationem adveniunt, judicium esse non posse, *L. non, quemadmodum, D. de jud.* ut profecto dici non possint ea venisse in judicium, sive ea ante petita sint sive non sint. Nos de iis agimus, quæ ante litem contestatam acciderant, et fuerunt

debita, sed non ante petita; nunc post litem de alia re contestatam petuntur, ad id tamen debitum quod prius petivimus, vel re vel cogitatione nostra pertinentia. Hæc dicimus, si priore contestatione sint omissa, postea eodem judicio, mutato errore, peti posse; ut sunt, major quantitas quæ debebatur, aut aliud quod et ipsum debebatur. Quod siquis velit etiam ea recte dici post litem contestatam accidere quæ post litem contestatam petuntur quamvis ante debita, conveniet superius dictum eum posteriore. Ita fiet, ut iis qui id putabunt, tum satisfiat cum de posteriore dixerimus, si modo et hoc recte explicemus.

IV. De quo difficultas major. Etenim, ultra id quod in judicium deductum est, excedere non posse potestatem judicis, hoc significat, de eo quod in judicium deductum non est, judicem judicare et reum condemnare non posse. Hæc enim summa est et præcipua potestas judicis, a qua et nomen habet, ut judicet, judicando reum absolvat, aut condemnet, *L. de qua re, D. de jud. L. 1. D. de re jud.* In judicium autem deduci id solum intelligitur, quod deducitur in litis contestationem, *L. unica, C. de lit. cont.* Quapropter, si quid in judicium et litis contestationem non venit, judex ejus judicii nomine aditus, de eo cognoscere et reum condemnare non potest, quantumvis post litem eo judicio contestatam petitum fuerit. Et fatendum est hanc esse mentem veterum in superiore definitione; quod ex more veterum judiciorum licet intelligere. Impetrabantur enim, ut plurimum, judicia a magistratu, et certa formula judicium concipiebatur, *C. de formul. et impetr. act. sublat.* Intra hanc formulam conclusus judex, hanc sequi debuit, nec licuit ei excedere, *L. mortuo, D. de jud.* Quamobrem, si alia res peteretur postea quæ in eam judicii constitutionem non venisset, ad officium et potestatem ejus judicis non pertinuit sine dubio, eoque et alio judicio de ea opus fuit; id est iterum et de eo magistratus adiri debuit: qui si non cognosceret ipse, certe iterum judicium et judicem daret, sive hunc daret veterem, sive novum. Et quominus dubitemus ita jus fuisse olim, ut de his rebus quæ postea peterentur, novo judicio opus esset; etiam post sublatas impetrationes et formulas actionum, quod a Constantino et Theodosio factum est, *C. de formul. et impetrat. act. subl.* mansit nihiluminus hoc idem jus usque ad tempora Zenonis. Nam, ut de his rebus eodem judicio agi et reus condemnari posset, Zenonis constitutione, si non in totum, at certe de quibusdam, effectum esse hic traditur; ac de omnibus id effectum esse, vel hujus principis constitutione vel Justiniani, hic significatur. Non est hoc Zenonis aut alius cujusquam constitutione inductum, nisi quia jus prius aliter se habuit. Quid ergo, sunt hæ sententiæ contrariæ? Necesse est ita videri omnino, si ex mente auctorum accipiantur, vel hoc ipso loco attestante, quo a vetere illo jure a Zenone recessum esse dicitur. Non enim mutaretur posteriore lege, nisi esset contrarium, *L. sed et posteriores, D. de legib.* Sed quoniam Justinianus vult, quæ in his libris et in Pandectis scripta sunt, tanquam a se scripta accipi, *L. 2. §. tanta, C. de vet. jur. enu.* et præterea vetat ullum contrarium in his admitti, quoad ejus fieri potest, *d. L. 2. §. contrarium;* dicemus, ex ejus sententia, etiam post Zenonis constitutionem, ultra id quod in judicium deductum est, judicis potestatem excedere non posse; sed in judicium deductum videri aliter nunc: olim solum quod in litis contestationem venisset: hodie etiam quod post litem contestatam apud eundem petitur, si vel re, vel cogitatione actoris ad id debitum pertinuit, de quo lis instituta est; de quibus hoc loco.

V. Quod tamen hactenus simpliciter dicitur, eum qui minus petiit quam ad eum pertinet, aut aliud, vel ex alia caussa, posse post litem contestatam corrigere errorem suum ita ut, cum id quod vere debebatur, apud eundem judicem postea petierit, possit judex de eo cognoscere, et re cognita, reum eodem judicio condemnare; non sic accipiendum est, quasi sufficiat actori id quod vere debebatur petere et probare, ut reus condemnetur; nec unquam necesse sit in ea emendatione quidquam reo præstari. De eo solum quæritur, an id eodem judicio dirimi possit. Justinianus ait posse. Hoc qui dicit, non negat, si quid ex aliis locis constet in eo præstari debere, id esse præstandum. Sciamus igitur totum hoc accipiendum ex conditione, *L. edita, C. de eden.* ubi de hac emendatione et mutatione ita cautum est, ut liceat quidem editam semel actionem emendare vel mutare; sed, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus dicentis decernit æquitas; *vel* pro *et*, disjunctum pro conjuncto, ut alibi sæpe in usu juris, *L. sæpe, C. de verb. sig.* utrumque enim exigitur. Et harum conditionum altera ad editionem novæ petitionis pertinet, altera ad damna temerariæ vocationis præcedentis reo sarcienda. Exigit edictum de edendo, de qua editione illic agitur, ut qua quisque actione agere volet, eam edat adversario: æquissime, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere debeat; et si conten-

dendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione qua conveniatur, *L.* 1. in pr. *D. de ed.* Et quoniam, edita actione, non statim de eo statuere potest, placet etiam ad eam rem deliberanti dilationem dari, intra quam ad alterutrum se comparet, *Auth. offeratur*, *C. de lit. cont.* Hæc æquitas ad eas petitiones novas quæ post litem contestatam instituuntur, non minus pertinet, si quid intersit rei eas cognoscere. De temerariæ autem vocationis pœna ita jus est; eum quem temere adversarium suum in jus vocasse constitit, viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportet, *L. eum quem*, *D. de jud.* eaque est æquitas jus dicentis, quæ nominatur in *d. L. edita.* Hæc ergo, et in nova ista petitione reo sunt præstanda. Utrumque tamen, si res et æquitas postulet. Postulat autem, non in omni petitione nova, sed in his, aut actor post litem contestatam de alia re agat, aut ex alia caussa. Nam in his non minus interest rei ea post litem contestatam cognita habere et ad ea se comparare, quam si ab initio et lite nondum contestata, ab eo peterentur. Cum enim plane diversa sint ab eo quod prius in judicium deductum est, tam potuit ignorare utrum de his cedere deberet, an litigare, quam si moverentur ab initio. Sed et temerariam fuisse priorem vocationem et editionem actionis, ex eo apparet, quod nunc in totum mutatur actio, dum aliud petitur vel corpore, vel caussa. Quod si quis petiit ab initio quod debebatur, ex qua caussa debebatur, sed minus quam deberetur, puta, pro decem quæ debita erant, tantum quinque, deinde post litem contestatam instituat tota decem persequi; res loquitur non hic necesse esse hanc petitionem edi reo, et ei spatium dari ad deliberandum de ea petitione suscipienda, neque præcedentis petitionis ullam pœnam in sumptibus litis esse oportere. Quorsum enim editio in hac re, aut tempus ad deliberandum reo, nisi ut sciat utrum de tota summa cedere, an contendere debeat? Atqui jam constat, quid de eo reus constituerit. Certum est enim, eum qui se quinque seu partem rei petitæ debere negat, sic constituisse de ea parte litigare, ut multo magis de toto idem negaturus et litigaturus fuerit. Petitionis præcedentis ideo nulla potest esse pœna, quia non fuit temeraria. Petiit enim actor quod sibi vere debebatur, et petiit eo minore injoria ac molestia rei, quo minus petiit quam debebatur.

## SUNT PRÆTEREA, ET DEINCEPS.

## §. XXVIII.

*Actiones omnes solidum consequi, præter eas quæ hic exponuntur.* I.
*De peculio actio non in solidum.* II.
*In id quod facere reus potest, ut condemnetur, quibus personis, et quamobrem tributum sit.* III.
*Quibus conditionibus.* IV.
*Conveniri in id quod facere quis potest, et in idipsum condemnari, idem hic valent, et quo sensu.* V.
*Facere posse quid sit, et quid hoc tribuat reo, præter cæteras actiones in quibus non idem beneficium reo datum est.* VI.
*Compensatio ex eadem caussa quid sit, et cur* ex eadem caussa *hic adjectum.* VII.
*Retentio rei petitæ quibus ex caussis.* VIII.

Sunt præterea quædam actiones, quibus non semper solidum quod nobis debetur, persequimur; sed modo solidum persequimur, modo minus; ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam, si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnatur; si vero minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.

Item, si de dote in judicio mulier agat, placet eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque, si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur; nam, ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est, quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet. Sed et si quis cum parente suo patronove agat, item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.

Compensationis quoque oppositæ plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur quam ei debeatur. Nam ex bono et æquo, habita ratione ejus quod invicem actorem ex eadem caussa præstare oportet, in reliquum eum cum quo actum est, condemnet, sicut jam dictum est. Cum eo quoque qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid acquisierit quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat spoliatum fortunis suis in solidum damnari.

I. Cum actio definitur jus persequendi quod nobis debetur, ex eo intelligitur etiam esse jus id consequendi: si quidem persequi est usque eo sequi, donec assequamur. Ita fit ut actio, sicuti jus est ad solidum petendum quod nobis debetur, ita sit et ad solidum consequendum. Id, etsi fere ita se habet in omni actione, non tamen est perpetuum. Quod declaratur hoc loco, proposita ad eam rem quinta divisione, ut supra monuimus.

ad §. *omnium*, qua docemur quantum liceat ex unaquaque actione expectare. Divisio hæc est, actionum quasdam solidum persequi quod nobis debetur; quasdam non semper solidum, sed modo solidum, modo minus. Quæ semper solidum, fere omnes; proinde innumeræ. Quæ non semper solidum, paucæ et certæ. ac veluti eæ quæ ex regula communi excipiantur. Quare ad utrasque cognoscendas recte fit, si ad has posteriores oratio conferatur, et ad eas solas; quod et hoc loco factum est. Nam hæ, quia certæ, facile colligi possunt; et quia solæ, fit ut, his positis, eadem opera reliquas solidi persecutorias esse intelligamus. In iis ipsis quas dicimus proponendis, indiget hic locus animadversione. Nam neque omnes hujus generis explicantur hoc loco; et quæ proponuntur species, permiscentur inter se, cum in dissimili admodum genere versentur: ac nec attingitur quid contineant. Quæ ut vitemus, sic res tota videtur commodissime posse explicari, si earum actionum genera summa, eorumque generum partes numero et ordine proponentur; tum quale beneficium sit, et quid contineat, paucis intelligetur. Quominus actione semper solidum consequi possimus, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; aut beneficium reo tributum, ut teneatur in id quod facere potest; aut mutua obligatio creditoris.

II. De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias et servorum adversus patrem dominumve. §. *actiones autem, supra eod.* Hanc non semper consequimur solidum, quia hæc adjectio *de peculio* significat constitutam actionem esse quatenus est in peculio; ut proinde fiat id quod hic dicitur in principio, id est ut, si non minus in peculio sit quam persequimur, in solidum dominus paterve condemnetur; si vero minus inveniatur, catenus condemnet judex, quatenus in peculio sit; si nihil sit tempore rei judicandæ, nec tenebit actio, unde et absolutio sequetur, *L. quæsitum*, in pr. *D. de pec.* Quid esset peculium, quid in peculio servi aut filiifamilias habendum, et de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, dixi ad §. *actiones autem.*

III. Sunt qui, etsi conveniantur suo nomine, et potestate actionis teneantur in solidum, tamen condemnentur in id quod facere possunt; quod quibusdam beneficii loco datum est. Tribuitur hoc beneficium, partim ob caussam ex qua agitur, partim ob personam rei. Ob caussam, donatori qui ex donationis caussa convenitur: de quo hic in §. *sed etsi quis*, in fi. *L. inter*, §. 1. *D. de re jud.* Ob personam rei, varie; aut enim propter conjunctionem inter litigatores constitutam, et eam vel sanguinis, vel affinitatis, vel societatis; aut propter reverentiam reo debitam; aut propter meritum; aut propter miserationem. Propter conjunctionem sanguinis, convenitur in id quod facere potest parens a liberis, liberi a parente, *L. sunt qui*, cum *L. seq. D. de re jud.* et §. *sed etsi quis, hic.* Item frater a fratre. Quod colligitur ex eo, quod non tantum dicuntur conveniri in id quod facere possunt, parens, patronus, patrona, sed et liberi eorum, *d. L. sunt qui*, et *L. seq. de re jud.* Id hanc significationem habet ut, non tantum liberi eorum conveniri non possint a superioribus, aut iis a quibus superiores non possunt, sed nec liberi ipsi inter se. Ipsi autem liberi inter se sunt fratres. Apertius, ex eo quod Ulpianus de sociis scribit in *L. verum*. in pr. *D. pro soc.* socium socio in id quod facere potest condemnari, propter jus fraternitatis quodammodo inter eos constitutum. Atqui hi vere fratres non sunt. Intelligit igitur prius hoc jus fratribus datum esse, a quibus deinde ad alios, propter similitudinem fraternitatis, transferendum sit; sin minus, certe hoc efficitur, si iis qui vere fratres non sunt, propter imaginem fraternitatis tribuitur, multo magis veris fratribus esse tribuendum. Affinitatis conjunctio idem tribuit marito adversus uxorem, et uxori adversus maritum, non tantum in caussa dotis, sed etiam ex aliis contractibus, *L. non tantum, D. de re jud.* Et quod marito, idem patri ejus, id est socero uxoris; et quod uxori, idem patri ejus, id est, socero mariti adversus maritum, *L. sicut, D. de re jud.* Sed quatenus his posterioribus, ambigitur; de quo a me scriptum est ad *d. L. sicut.* Habet idem beneficium et conjunctio voluntate suscepta inter socios, tanquam jure fraternitatis cujusdam, ut ante dixi; non tantum si universorum bonorum socii sint, sed etsi unius rei, *d. L. verum, D. pro soc. L. sunt qui, D. de re jud.* §. *sed etsi quis, hic.* Reverentia sola et honos manumissori debitus hoc idem præstat patrono, patronæ, liberisque eorum et parentibus, ut in id solum quod facere possunt, conveniantur, *d. L. sunt qui, L. patronus, seq. D. de re jud. d. §. sed etsi, hic.* Ob meritum in Rempublicam, idem datum militi qui sub armata militia stipendia meruit, *L. item miles, D. de re jud.* Ob miserationem tribus; ei qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, §. *compensationes, hic, L. qui bonis, D. de cess. bo.* filio exheredato, tum ei qui se paterna hereditate abstinuit, siquidem ex contractu suo conveniantur, *L. et exhereda-*

*tum, D. de re jud. L.* 2. *L.* 4. §. 1. *D. quod cum eo.*

IV. Non statim tamen suprascriptis personis superius beneficium tribuitur; sed hæ conditiones sunt, atque hinc totidem exceptiones: dum ne conveniantur ex delicto; in quo frustra legis auxilium invocat qui adversus legem committit. *L.* 4. §. 1. *D. quod cum eo, L. auxilium*, in fi. *D. de min.* Dum ne ex contractu in quo, de conditione sua mentitæ, adversarium in fraudem induxerint contrahendo, *d. L.* in pr. *Quod cum eo.* Postremo, dum ne dolo malo fecerint quominus solidum facere possent, *L. etiam*, §. 1. *D. sol. mat. L. summa, D. de pec.*

V. In verbis beneficii hoc animadvertendum, id ita concipi a juris auctoribus, ut dicatur in eo esse, modo ut conveniantur superiores personæ in id quod facere possunt, modo ut condemnentur. Conveniri dicuntur in *L. sunt qui, L. patronus* seq. *D. de re jud.* §. *sed etsi*, in fi. *infra, hic.* Condemnari passim, *ut in* §. *si de dote* §. *ult. hic. L. non tantum*, et seqq. *L.* et exheredatum, *D. de jud. L. maritum, L. alia* et seqq. *D. sol. mat.* Recte utrumque, dum intelligamus conveniri istos cum effectu in id quod facere possunt, id est ita, ut hactenus condemnentur. Quod eo pertinet ut sciamus, cum quæritur quatenus isti facere possunt, rei judicatæ tempus, non conventionis et litis contestatæ esse spectandum, *L. rei judicatæ, D. sol. mat. L. verum*, §. *tempus, D. pro soc.* Ut autem in condemnatione non excedat judex hunc modum, adeo superioribus personis tributum est ut, si judex, ignorantia juris lapsus, condemnaverit in solidum, placeat eas, in exsecutione judicati, doli exceptione uti posse, eaque tutas fore. Quod enim hic dicitur de marito ad omnes pertinet, in quibus eandem rationem esse apparet, *L. ex diverso*, §. *ult. D. sol. matrim.* Neque hic rei judicatæ auctoritas atque hinc replicatio metuenda est, quasi in hac exceptione superiores personæ, in solidum damnatæ, quidquam adversus sententiam faciant. Hac enim exceptione potius fatentur se jure civili obligatas esse, eoque et jure sententiam recte latam, ut est re vera hoc jure, *d. L. ex diverso*, §. 1. *sol. mat.* sed adversus jus summum, beneficium juris humanitatis gratia sibi indultum etiamnunc sibi servari postulant. Quod quominus fiat, sententia quæ ex jure civili recte lata est, nihil impedit.

VI. His verbis *in id quod facere quis potest* aperte hoc continetur, ne semper in solidum damnetur; utpote ita conceptis, ut in solidum damnari debeat, si potest solidum facere: si non potest, hactenus tantum debeat damnari, quatenus potest. At ista ratione, dicat aliquis, de omnibus actionibus licet dicere eas esse in id quod reus facere potest, nec posse nos semper his solidum consequi; quod superiore divisione hic constituta negamus; nam et ex cæteris actionibus nunquam possumus amplius consequi a reo, quam is facere potest. Non ita est. Sic est conditio omnium actionum, quibus in solidum condemnatio est, sine beneficio superiore, ut quamvis reus solvendo non sit, tamen solidum præstare debeat. Si non de suo, at certe aliunde sumere, si potest, quo se expediat; si ne hoc quidem potest, cogatur in carcerem ire, postulante creditore; nec prius hunc evitat quam bonis cesserit, *L.* 1. *C. qui bo. ced. poss.* Sed, etsi creditor parcat carceri; tamen ex cæteris actionibus ut minimum auferre licet condemnato omne quod habet, ita ut nihil ei relinquatur, no ad victum quidem. At in his qui damnantur in id quod facere possunt, utrumque contra est, idque vi superioris beneficii assequuntur. Primum, si solvendo non sunt, non ideo detruduntur in carcerem, aut coguntur bonis cedere. Tum autem, ne his quidem totum quod habent, extorquetur, sed est quod his etiam intactum relinquatur: atque ita horum verborum definitio est, ut facere posse intelligatur quisque in hac condemnatione, quod de suo potest præstare honeste, deducto videlicet prius eo quod illi satis sit ad victum quotidianum, ne egeat. Hanc deductionem victus quotidiani et alimentorum tribui omnibus qui in id quod facere possunt conveniuntur, et definitio generalis declarat, de his personis tradita in *L. in condemnatione, D. de reg. jur.* et exemplum ejus qui bonis cessit, de quo in *L.* 6. *D. de cess. bon.* ita scriptum est, *non esse eum fraudandum alimentis quotidianis.* Id, si ei qui bonis cessit, licet extraneo, nec conjuncto, aut bene merito tribuitur; multo magis parenti, patrono, marito, uxori, socio et reliquis superioribus tribuendum est. Illud monendi sumus, hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimari, aliter in cæteris qui non ex donationis caussa conveniuntur. Nam in donatore æstimari placuit, deducto ære alieno; in cæteris etiam ære alieno non deducto, *L. inter*, §. 1. *D. de re jud.* Quippe in cæteris, verum debitum est, in donatore non item: quæ ratio significatur *L. et exheredatum*, in fin. *D. eod.* Exempli gratia: habet quis mille in bonis, etiam deducto eo quod illi ad victum sufficiat; sed ea mille

solida debet. Si donator est, nulla ex parte condemnabitur ei, a quo ex donationis caussa convenietur. Deducit enim primum æs alienum, deinde et quod necesse sit ad victum: quibus deductis, nihil potest facere. Ultra autem quam facere potest, non condemnatur. Alius si conveniatur, et ea mille actori sufficiant, licet hæc eadem aliis debeat; tamen in solidum condemnabitur; quia, his non deductis, supersit ei quod ad victum sit satis, non deducitur autem prius æs alienum. Hæc strictim, ut pro loco et instituto. Scripsi diligentius de tota quæstione, ut locus postulabat, ad *L. sunt qui*, et deinceps, *D. de re jud.*

VII. Mutua creditoris ejusdemque actoris obligatio, id est, si quid vicissim actor reo debeat, hoc quoque efficit, ne semper reus in solidum condemnetur, dum ille eatenus liberatur. Quod consequitur aut per compensationem, aut per rei petitæ retentionem. Per compensationem, cum quantitates utrinque debitæ invicem compensantur; sic enim et hæc species refertur ad hunc locum in *§. compensationes, pen. infra hic.* de qua dictum est ad *§. in bonæ supra eod.* Sed additur in *d. §. pen.* quod diligenter expendendum est, compensationem minuere condemnationem, cum quid invicem actorem præstare oportet ex eadem caussa; ut, si commodati agatur, impensarum a reo factarum ratio eodem judicio habetur, et adferet ea res compensationem, quia impensæ ad eandem commodati caussam pertinent, *L. in rebus, §. possunt, D. com.* Quid ergo? si quid actor debeat reo ex alia caussa, an non poterit opponi ejus debiti compensatio? Sed constat quantitatis ex quavis alia caussa debitæ admitti compensationem, per quam fiat ut nulla sit aut minuatur rei condemnatio, ut ostendimus *supra ad §. in bonæ.* An non ergo frustra addidit Justinianus hoc loco ex eadem caussa? Minime: admittitur enim quantitatis ex alia caussa debitæ compensatio, sed duobus temporibus dumtaxat; uno, si caussa ex qua compensatur, sit liquida: altero, si in caussa non liquida compensationis exceptio initio litis contestetur. Extra has autem duas caussas, compensatio quantitatis ex alia caussa debitæ locum non habet, ut docuimus ad *d. §. in bonæ.* At habet locum, si opponatur ex eadem caussa; ut non frustra huc sit adjectum. Quod eo pertinet in summa, ut intelligatur, si quid opponantur ex eadem caussa, semper compensationem admitti: cum si ex alia caussa id fiat, non semper admittatur.

VIII. Quod facit compensatio, cum quantitas invicem debetur, id interdum reo præstat rei petitæ retentio, cum fundus aut alia species ab eo petitur, et illi vicissim actor pecuniam debet. Placet enim ad eam usque quantitatem fundum a reo retineri posse; unde evenit ut, si actor rem suam consequi vult, eatenus minuatur condemnatio. Sed hæc retentio tribuitur reo, certis tantum in caussis. Extra caussam dotis, in his: si reus rem quæ petitur, pignori obligatam alii, pecunia sua liberaverit, *L. 1. in prin. D. quib. mo. pig. vel hyp. sol.*: si in rem alienam quæ petitur, sumptus fecerit, juxta distinctionem suis locis traditam, *L. in fundo, L. sumptus, D. de rei vind.* Si pignus in aliquam summam nominatim acceptum, in aliam summam quam eidem postea sine pignore dederit, retineat, *L. unica, C. etiam ob chirogr. pec. pig. ten. pos.* In caussa autem dotis, tribuebatur olim marito variis de caussis rei dotalis retentio; puta, ob res ab ipso uxori donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non tantum necessarias, sed et utiles et voluptuarias; cujus retentionis postremæ hic fit mentio in *§. item si de dote.* Justinianus, sublata ex omni alia caussa dotis retentione, solam reliquit eam quæ fit ob impensas necessarias, *L. unica, §. taceat, C. de rei uxo act.* Qualis autem fuerit hæc retentio olim, et quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *L. quod dicitur, D. de imp. in res. dot. fac. L. si is qui, §. quod dicitur, D. de jur. dot.*

# HUGONIS DONELLI

# DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS.

## CAP. I.

*Argumenti ratio, seu methodus.* I.
*Pignus, ut creditori caveatur inventum.* II.
*Cautio hæc duabus partibus maxime constat; quæ sint.* III.
*Rerum partitio* IV.
*Edicti de pignoribus summa: et communium locorum unde hæc petita, indicatio.* V. IV.

I. Duo sunt cautionum genera quibus, pro eo quod debemus, creditoribus nostris idonee caveri solet. Nam aut reis cavetur, id est fidejussoribus; aut pignoribus *L.* 1. §. *jubet de collat. bonor. L.* 4. §. *addici, de fideic. lib.* Fidejussores vocamus adpromissores, qui pro eo qui aliquid debet, idem promittunt et fide sua esse jubent verbis, eoque modo se pro aliena obligatione reos faciunt, *tit. de fidejussor. de inst.* in princ. Pignus autem est res omnis pro debito obligata §. *item Serviana instit. de act.* De fidejussoribus alias; nunc de pignoribus dicemus. In quibus, cum juris ratio, quod de his quærimus, ad eum finem accommodata sit, propter quem pignus inventum est, cujus finis etiam tuendi caussa jus de his constitutum habemus, operæ pretium est, cujus rei gratia pignus detur initio cognoscere. Sic enim et quid in hac tota disputatione maxime quærendum sit, quæque ad eam rationem juris accommodata sint videbimus; et singulis initio propositis, minore errore quæ volumus deinceps de toto genere assequemur.

II. Pignus creditori cautionis caussa dari certum est; ut ea re, scilicet de credito securior reddatur, §. *ult. Inst. qui mod. re contrahit. obli.*

III. Hæc cautio, sive securitas in pignore, duabus rebus maxime constat. Una, si creditori eam rem tenere liceat, donec pecunia solvatur. Sic enim fiet ut, dum habebit quod pro ea re teneat et cui incumbat, certus sit sibi creditum perire non posse. Altera, si etiam ad extremum liceat pignus distrahere, unde illi satisfiat. Neque enim rem in solutum retinere potest. Alioqui, non pignoris loco detur, sed solutionis. Utriusque rei obtinendæ caussa, jus est a Prætoribus constitutum. Nam et persequendi pignoris caussa actio creditori datur adversus eum, quisquis pignus possidebit, qui tenebitur ut restituat; multoque magis possidenti datur retentio. Et si id venditum sit, quod contra conventionem pignoris non fiat, ratam habet Prætor venditionem non minus, quam si a debitore ipso distractum esset. Idque jus est creditoris in pignore. Quod si forte plures sint creditores quibus eadem res diversis temporibus pignori data sit, jam de jure eorum inter ipsos disceptabitur, qui quibus in eo sint potiores. Atque hæc omnia, ita si quidem res pignoris jure creditori obligata sit.

IV. De his igitur eodem ordine dicendum est. De pignore primum, quomodo id, ubi constituatur; in quo genera explicanda sunt. Natura enim hæc prima quæstio est, an sit; deinde, pignore constituto, de jure creditoris, quod sequi necesse est. Tertio loco, si plures erunt quibus eadem res pignori data sit, de creditorum inter ipsos prærogativa. Extremus locus adjungendus erit, ut quibus modis pignus solvatur dicendum sit. Id enim jus, ut cætera, tantisper manere certum est, donec finiatur; quod omnibus in rebus certis modis accidit. Itaque totidem fere titulis in Pandectis harum rerum ratio exposita est.

V. Mihi vero, priusquam de his sigillatim dicimus, non inutile esse visum est, rem totam edicto breviter complecti, adjunctis his locis, sitei caussa, ex quibus singula sumi ac probari mihi videbuntur; ut, quoniam aliquod fuisse de Serviana actione seu formula hypothecaria constat, in eo studiosi totius hujus juris summam quandam expositam haberent, et eorum quæ a juris pru-

dentibus de iis tractata sunt, fontem quendam, vel potius materiam in qua illorum scripta versentur, agnoscerent. Id tale est. *Si cui, pro eo quod ei debebitur, res aliqua pignoris, hypothecæ nomine obligata esse dicetur, ab eo cujus in bonis ea res est, aut alioqui, cui de ea re constituendi jus est; ei hæredive ejus, quo ad pecunia solvetur aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum qui eam rem possidebit tenebitve, aut dolo malo fecerit quo minus possideret, actionem dabo; ut si ea res arbitrio judicis non restitueretur, quanti ea res erit condemnatio sequatur. Si creditor eam rem distraxerit, quod contra legem pignoris in ea re non fiet, servabo. Si pluribus eadem res obligata fuerit, is apud me in jure creditoris potior erit, qui prius hypothecam acceperit; nisi si posterioris pecunia salvam fecit pignoris caussam. Priori remoto, cæteris deinceps, suo cuique ordine, locus erit; extra quam si quis in prioris remoti locum successerit.*

VI. Ait Prætor, *pro eo quod debebitur.* Quia si nihil debeatur, frustra erit pignoris constitutio, quod nihil nisi accessio est, et cautio principalis obligationis. Cæterum, pro omni obligatione, res hypothecæ dabitur, *L. res hypothecæ de pigno.* Ait; *ab eo cujus in bonis ea res est.* Hæc verba in edicto fuisse de hac actione, rescripto Diocletiani et Maximiani demonstratur sub titulo, si aliena res pignori data sit, *L. qua prædium.* Verba rescripti hæc sunt: *Cum et Serviana actio evidenter declaret jure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantur in bonis fuerint.* Cujus in *L. et quæ nondum, §. quod dicitur, D.* de pignor. *Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse,* etc. Quod sequitur *aut alioqui cui de ea re constituendi jus est,* propter ea pignora dictum est, quæ lege tacite constituuntur in bonis debitoris; item ea quæ magistratus jussu capiuntur: quod genus prætorium appellatur. Certum est enim, quibusdam in caussis, vel privilegio vel alia de caussa, debitoris res pignori legibus subjici, de quibus sub titulo Quibus in caussis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur. De prætorio pignore, quid sit et quibus ex caussis capiatur, habes in *L. non est mirum, D. de pignorat. actio.* et titulo Codicis De prætorio pignore, præsertim in *L. ul. ejus titu.* et titulo *sequenti* Si ex caussa judicati pignus captum sit. Ait deinde Prætor: *ei hæredique ejus* etc. His verbis actio creditori datur pignoris persequendi caussa. Quam ex eo rem esse facile intelligitur, quod in eum datur, qui possidet, *L. pignoris de pign.* Ea quasi Serviana sive Hypothecaria appellatur, de qua in *§. item Serviana, Instit. de actio.* Quid in condemnationem veniat, traditum est in *L. si fundus, §. in vindicatione. L. si inter, §. ulti. de pign.* Sequitur de distractione pignoris, *Si creditor eam rem distraxerit.* De distractione pignorum habes sub titulis De distractione pignorum in Pandectis et Codice Justiniani. Ea verba, *Quod contra legem pignoris non fiet,* hoc significant licere pignus distrahere, non si nominatim ita convenerit ut liceret, sed ita si non convenerit ne distrahere liceret, quæ conventio servanda est: de quo Ulpia. in *L. 4. de pign. actio.* Ait Prætor *si pluribus eadem res.* Regulam hanc de prærogativa creditorum in pignore, multis rescriptis expressam habes in *L. 2. L. 3. L. diversis, C. qui potiores in pign. habe.* Ait: *Nisi si posterioris pecunia.* Exceptionem ab Ulpiano expositam habes in *L. 5. et 9. qui pot. in pig. hab.* Ait: *Eo remoto, cæteris deinceps,* etc. Huc facit *L. potior, §. ult. L. creditor, L. Claudius, D. qui pot. in pign. hab. L. 1. C. eod. titu.* Ait: *Extra quam si in prioris remoti locum successerit.* De his qui in priorum creditorum locum succedunt, titulum habes in Codice Justiniani; de iis modis quibus pignus solvitur, nihil necesse fuit seorsim præcipere. Hoc enim in prima clausula illis verbis a me notatum est, *quoad pecunia solvetur aut eo nomine illi satisfactum erit.* Sed jam hæc suis locis exposita, ut a nobis propositum est, pluribus audiamus. Prius tamen quid sit pignus de quo quærimus, seu hypotheca. Nam hoc quoque verbo in eadem re utimur.

## CAP. II.

### Quid sit pignus, sive hypotheca.

*Pignus et hypotheca quid sint: Etymon utriusque.* I. et seq.
*Alterum ab altera nomine differunt, non re.* II.
*Ideo usurpantur promiscue.* III.
*Pignoris et hypothecæ nomine interdum significari genus obligationis; frequentius rem pignori obligatam.* IV.
*Pignus esse accessionem principalis obligationis: et quid huic rei consequens.* V.
*Accedere posse cuicunque obligationi, etiam naturali.* VI.
*Nec præsenti tantum, sed et futuræ; et qua cautione.* VII.

I. Pignus a pugno dictum est, ut sit pignus, quod quasi pugno, id est manu, securitatis loco capiatur. Hypotheca autem verbum Græcum est. Illi enim ὑποτιθέναι dicunt, quod nos pignori opponere; ut sit quasi rem obligationi supponere: unde ὑποθήκη, quod verbum Latinum factum est, diciturque jam usitato more hypotheca. quod, vi ipsa, nihil aliud est nisi pignus. Est igitur pignus sive hypotheca, quod initio diximus, res omnis creditori pro debito obligata.

II. Quem nexum et obligationem si spectemus in pignore (quod cum de re obliganda quæritur, facere debemus) inter se ista nihil differunt. Quod Justinianus intelligi voluit in §. *item Serviana, instit. de act.* Sed, ut idem eodem loco significat, in ratione et vi nominis est aliquid quod intersit. Nam pignus proprie dicimus, eum ita res pignori obligatur, ut simul etiam possessio tradatur creditori; hypothecam, eum non transit possessio ad creditorem, *d.* §. *item L. si rem* §. *proprie de pign. act.* Idque nomen ipsum satis indicat. Nam pignus sic a pugno dictum est, ut re vera non possit esse pignus, nisi etiam manu capiatur. Unde pignus, rei tantum mobilis proprie dicetur, si ad proprietatem nominis rem expendere volemus, *L. plebs*, §. *pignus. de verb. signif.* hypotheca autem, vi ipsa, suppositionem significat, ut sit res obligationi supposita, nihilque in eo verbo, nisi suppositio et nexus intelligatur. Sed hæc, inquam, ita dicuntur, eum ad subtilitatem verbi et originem res exigitur. Ad juris rationem et obligationem nihil interest, quia nihilo minus juris habet is cui non est tradita possessio, quam cui est tradita, sed tantundem uterque ex æquo. Nam et quam rem non accepit vindicare potest ut habeat, eandemque necdum acceptam distrahere, si modo convenerit ut pignori esset: et quam accepit amittere potest, ut illi eadem vindicatio ad eam persequendam necessaria sit.

III. Eo factum est, usu loquendi jure recepto, ut utrumque pro eodem accipiatur, dicaturque hypotheca etiam quæ ab initio tradita est, quia non traditio, sed conventio obligationem fecit; et contra, quæ non est tradita, recte dicatur pignus, quia jure nihilominus sit obligata teneaturque creditori, quam si tradita esset. Qua ex ratione juris atque usu, illud a Martiano dictum est, inter pignus et hypothecam tantum nominis sonum differre, *L. res hypothecæ de pignor.*

IV. Est autem observandum, pignoris verbum itemque hypothecæ, interdum pro ipso rei nexu et obligatione sumi, ut cum quærimus quibus modis pignus vel hypotheca contrahatur, item quibus modis solvatur. Neque enim aut illic rem contractam, aut hic rem dissolutam intelligimus, sed utrobique obligationem pignoris, aut contractam aut dissolutam. Frequentius tamen rem ipsam significat quæ nexa est. Cujus generis illa sunt, cum pignus traditum creditori, pignus idoneum, pignus venditum aut distractum esse dicimus. Qua etiam significatione a nobis definitur, et recte; cum obligationem rei sine re quæ obligetur, frustra requiramus.

V. Illud videamus, quam vim in superiore definitione habeat quod adjecimus, rem pro debito obligatam. Nempe huc pertinet, pignus principalis obligationis accessionem esse; nisi quid cui debeatur, frustra pignus ei constitutum videri. Probant hoc exemplo pleraque sub hoc titulo relata, quæ ad hanc regulam exigi debent. Triphoninus in L. *Is, qui promisit*, 33. *Is qui promisit*, inquit, *ubi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum ante solutionem recipit.* Cur? dicet aliquis. Plus enim esse videtur, pecuniam solutam retinere quam pignus, quod ejus pecuniæ nomine tantum obligatum est. Nempe quia Titio nihil debetur, cui stipulari non potuimus, ideoque nec pignus in ejus persona potuit consistere, quod ejus obligationis accessio est; at ei recte solvitur, quia ad solutionem adjectus est, non

ad obligationem, *L. si quis alii*, §. *plane instit. de inutil. stip.* Inde etiam Paulus respondit *L. si legati*, *his tit.* si legati conditionalis relicti filiofamilias nomine, pater ab hærede rem propriam ejus accepisset, et mortuo patre vel emancipato filio, conditio legati extitisset, incipere filio legatum deberi; quod ad pignus attineret, neque filium id vindicare posse, quia ipse id non accepisset, neque patrem aut alium successorem nomine patris, quia in persona ejus nunquam constitisset, cui nihil ex eo legato unquam debitum fuit. Traditum est enim, cum ei qui in aliena potestate est, quid legatum est, si cum dies legati cedit, sui juris inveniatur, legatum ei ipsi acquiri, non ei cujus in potestate fuit. Conditionalis autem legati dies tunc demum cedit, cum conditio legati extitit, *L. 5*, in princ. et §. *ult. D. quando di. leg. ced.*

VI. Sed, ut sine obligatione in quam pignus destinamus, nullum pignus est; ita sciendum est, si quæ suberit, pro quacunque obligatione rem hypothecæ dari posse. Ait enim Prætor: *si creditori. pro eo quod ei debetur.* Ac si civilis erit, aut prætoria, id est ejusmodi ex qua agi possit, minor dubitatio est an pro ea pignus dari possit. Dari vero sine controversia est, quocunque modo contracta sit. Nam qui eo modo debet, vere debere eo proprie intelligitur idcirco, quia efficaciter, *L. debitor*, *D. de verb. sig.* Sed, ut naturalis tantum sit obligatio qua quis teneatur, etiam pro ea pignus consistet, ut potest et fidejussor intervenire, *L. res hypothecæ*, *L. quæsitum*, in fin. *D. de pignor.* Naturales autem obligationes vocamus eas ex quibus quidem nulla actio sit, sed si quid propter eas solutum fuerit, repeti non possit, *L. naturales, de obliga. et act.* quæ ex eo nascuntur, si quis in aliqua re alterius fidem sit secutus, *L. cum amplius*, §. *is natura*, *de reg. jur.* Sint, exempli gratia, usuræ indebitæ jure civili, quia per stipulationem promissæ non sint, verum convenerit, ut præstarentur: si pignus in eam caussam datum est, non prius liberabitur, quam solutæ fuerint, *L. in iis*, §. *Imperator*, *de solution. L. solutum*, §. *sive autem*, *de pig. act.* Eodemque modo, cum servus naturaliter obligetur tantum, non obligetur civiliter, si pignus pro eo datum sit, jure id tenebitur *L. naturaliter*, *D. de condict. indeb.*

VII. Jam vero, non solum pro præsenti obligatione pignus dari poterit, sed etiam pro futura; veluti si quis pecuniam postea accepturus, aut aliquid sub conditione promittens multo ante quam accipiat aut existat conditio, creditori rem quo egerat, pignus in eam caussam destinaverit, tantummodo ut in his admoneatur, non ante pignus esse, quam conditio aut res extiterit, *d. L. res hypothecæ pig.* Redeundum est enim ad id quod initio posuimus, nisi quæ obligatio subsit pro qua pignus datum est, pignus non esse; neque porro in conditionalibus obligationibus ante obligatio nascitur, quam conditio extiterit. Adeoque verum est, pignoris persecutionem ex obligatione principali pendere sicut et fidejussoris, ut, quamvis cum dies stipulationi adjicitur, statim obligatio sit, quam ob caussam et pignus pro ea recte obligetur: tamen quia ante diem ex illa agi non possit, pignoris etiam persecutio interim pendeat, *L. solvitur*, §. *si paciscatur*, *D. quib. mod. pig. vel hy. sol. L. cum solvendo*, *de distr. pign.* Si tamen intersit creditoris medio tempore pignora persequi, ut in locationibus contingit, dum inquilini suspecti sunt, putat Ulpianus, et recte, esse permittendum. Ac quid sit pignus, satis dictum est. Quod cum constet id esse rem pro debito obligatam, deinceps quomodo obligetur cognoscendum est.

## CAP. III.

### Quomodo pignus constituatur, et quæ pignorum genera.

*Pignoris contrahendi modus duplex; et quod pignoris utroque modo contracti nomen.* I. *Constituitur pignus aut jussu magistratus, aut debitoris voluntate.* II. *Illud prætorium; hoc conventionale* III.

I. Pignus contrahitur non uno modo. Nam aut lege constituitur tacite, cum res debitoris pignori subjiciuntur sine alia conventione; aut jussu et voluntate ejus ad quem ea res pertinet. Illud tacitum recte dicimus *L. eo jure*, §. *L. ex quib. cau. pig. vel. hypot. taci. contr. L. unic*, §. 1. *C. de rei uxo. act, L.* 1. *C. commun. de legat.* hoc constitutum licet appellare, nec sine exemplo. Sic enim et servitutes jure constitutas dicimus, cum ab his separare volumus quæ, natura quodammodo rei, a lege imponuntur. *L. hoc jure*, §. *ductus D. de aq. quo. et æsti. L.* 1. §. *ultim. D. de dam. infec.*

II. Constitutum pignus quod dicimus, duplex est. Nam aut magistratus jussu datur et imperio, cujus de re jurisdictio est; aut debitoris voluntate.

III. Illud prætorium dicitur; ut prætoria stipulatio, quia ex prætoris et magistratus officio proficiscitur; hoc cum ex conventionibus et pactis nascitur, conventionale. Utrumque meminit Justinianus, in *L. ultim. C.* de prætor. pigno. *Veteris*, inquit, *juris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus. Unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur. Aliud, quod a judicibus datur et prætorium nuncupatur.* Sed quod dicit, ad duplum genus hypothecarum respeximus, non sic dixit, quasi duo tantum hæc genera hypothecarum sint; neque enim ille tradere divisionem hypothecarum instituit, sed duo genera pignorum ex tribus inter se exæquat, prætorium et conventionale; ut quemadmodum creditor, si conventionalis pignoris possessionem amiserit, ad eam recuperandam actionem habet in rem; sic id persequi liceat et vindicare quod a magistratu datum est, si forte possessione ejus ceciderit. Et in summa pignus aut lege constituitur, aut decreto et jussu magistratus, aut privati debitoris vel alioquin domini voluntate.

## CAP. IV.

### Quibus in caussis pignus tacite contrahatur.

*Res pignori subjici aut tacita conventione, aut privilegio; quibus in rebus illa versetur.* I.

*Inducta et illata in urbana prædia dumtaxat pignori esse tacite. Singulorum explicatio* II. et seqq.

*Exponitur* L. Urbana prædia 198. D. de V. S. *Quæ et cum* §. stabula *L.* 5. D. in quib. causs. pign. *conciliatur.* III.

*Superiori definitioni minime resistit* L. rusticorum 2. D. de servit. præd. rustic. IV.

*Objecta alia diluuntur.* V.

*Cujusmodi obligatio pignoris in illatis; et per secundum conductorem illata pignori obligari.* VI.

*Invecta et illata in rustica prædia non esse pignori, nisi sit et de iis cautum. Hoc quatenus; et quid in rusticis dissimile ab urbanis.* VII. IX. X.

*Contrariis occurritur, et L.* certi juris 5. C. de loc. et cond. *ex ponitur.* VIII.

*Ex privilegio tribui pignus, aut personæ creditoris, aut rei vel caussæ.* XI.

Personæ: *Fisco, pupillo, minori.* XII.

*Quale Fisci pignus ex privilegio.* XIII.

*Adversus quos pupillus et minor habeant pignoris privilegium.* XIV.

*Pignus ex privilegio tribui caussa dotis.* XV.

*Item legatis et fideicommissis.* XVI.

*Pignus insulæ tribui pecuniam mutuanti ad ejus restitutionem.* XVII.

*Sed non ad ædium emptionem.* XIX.

*Hoc insulæ exemplum non trahi ad consequentiam. Error Accursii et aliorum revincitur.* XVIII.

I. Lege debitoris res pignori subjiciuntur, aut tacita quadam ex contrahentium conventione, aut privilegio; conventio de quibusdam rebus interponi creditur, in prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum locatione. Quo in genere sic jus constitutum est.

II. „ Inducta et illata in prædia urbana „ pignori esse obligata locatori, quasi id ta- „ cite convenerit, non solum pro pensionibus, „ sed et si deteriorem habitationem fecerit „ culpa sua inquilinus, quo nomine cum eo „ ex locato actio est, *L. eo jure*, 4. *L.* 2. *D.* „ *in quib. cau. pig. vel hy. tac. contraha. L.* „ *item quia D. de pact.* In prædiis rusticis „ contra. In iis tamen fructus, qui ibi na- „ scuntur, eodem modo esse ut inducta et „ illata in prædia urbana diximus, etiamsi „ id nominatim non convenerit, *d. L. eo jure* „ *L. in prædiis.* de quorum verborum sententia, quia locus postulat, dicendum est. Ait lex ( sic enim mihi nunc vocare libet id jus quod de iis cautum est) *inducta et illata.* Inducta et illata in prædium sic accipere debemus, non verbo tenus, quæ inducta sunt quovis modo, sed ex sententia legis et contrahentium, quæ eo animo inducta sunt ut deinceps ibi sint, *L. in prædiis*, §. *ult. D. eod.* id est, ut sint perpetuo quandiu conductor manebit; id enim hoc verbi significat: *ut ibi sint, L. debitor D. de pig. L. ex facto*, §. *rerum D. de hered. instit.* non temporis caussa, quo in genere sunt ea quæ, cum alibi conductor in destinato et constituto loco haberet, usus alicujus necessarii caussa, transduxit in habitationem conductam, ut postquam illis usus esset, ea deinde in suum locum referret. Nam quæ in hac caussa sunt, non ut ibi essent ubi nunc utitur conductor, inducta sunt, sed ut iis ad tempus uteretur; ut si operi faciundo servos quos alibi habebat, adhibuerit; si ad convivium quod hic apparabat, utensilia ex aliis ædibus, ejus convivii caussa, mutuo sumpserit. De differentia autem horum verborum, vide *L. ferri, D. de verb. sig.*

III. Ait lex, *in prædia urbana. Urbana prædia*, Ulpiano authore, *omnia ædificia accipere debemus, non solum ea quæ sunt in oppidis, sed etsi forte stabula sint, vel alia meritoria in villis et in vicis; vel prætoria voluptati tantum deservientia, quia urbanum prædium non locus facit, sed materia. L. Urbana, D. de verb. signific.* Materiam ille vocat cæmenta, lapides, tigna, et cæteras res, ex quibus ædificia fiunt; ut sit sensus, urbana prædia a rusticis materia qua res constat, discerni, non loco. Et sana peculiarites etiam materia dicitur, lignum ad ædificandum paratum; sicque a ligno distinguitur, ut sit materia, quæ ad ædificandum, fulciendumve necessaria est: lignum, quicquid comburendi caussa paratum est, *L. ligni, D. de leg.* 3. Idcirco autem ædificia, etiam quæ in villis sunt, prædia urbana dicuntur, quia ad imi-

tationem, et usum urbanum facta sunt: denique quia talia sunt, qualia quæ in urbibus habentur. Quæ in urbibus sunt, frequentandarum urbium et habitandi caussa parata sunt. Quæ hujus rei caussa facta sunt, ubicunque sint, ideo urbana dicimus. Idque non paulo rectius, quam mancipia ex genere et instituto serviendi urbano, quia domino ministrant, non operi rustico faciundo operam dant, urbana appellamus, *L. Urbana familia, D. de verb. sig. L. servus urbanus, D. de legat.* 3. Nam homines non hujus rei caussa nascuntur, ut illi aut illi rei serviant, tantumque id destinatione domini fit, non rei natura et fine. Ædificia autem, nisi ut incolantur non fiunt, neque ruri neque in urbe. Omnia enim aut hominum, aut cæterarum rerum recipiendarum caussa extruuntur, ut vel natura sua ab initio, ad usum urbanum et formam instituantur. Sed num hæc Ulpiani definitio vera esset, per se alioqui satis aperta, controversum nobis fecit Neratius, cujus de hac re contraria, ut videtur, extat non uno in loco definitio. Is in *L. eo jure, §. stabula*, hoc titulo, scribit *stabula, quæ in continentibus ædificiis non sunt*, urbanorum prædiorum numero non esse, *cum a cæteris ædificiis separata sint; quamvis, quod ad caussam taciti pignoris attinet, non multum ab urbanis differunt.* Quod est iis, ut videtur, quæ de hoc genere ex Ulpiano supra retulimus, valde contrarium. Is enim, præterquam quod ædificia omnia una definitione complexus est, nominatim etiam stabula, aliaque meritoria ubicunque essent, urbana prædia esse adjunxit. Sunt, qui velint Ulpianum de stabulis loqui, quæ hominum recipiendorum caussa parata sunt, Neratium de iis quæ gregum stabulandorum. Hi dicerent aliquid fortasse, si Ulpianum ostenderent, cum stabula nominavit, de hospitio tantum sensisse. At ille de stabulis infinite loquitur. Quod si, ex verbi significatione et loquendi usu, res pendenda est; qui stabula dixit, si Latine locutus est, non dico utrunque genus complexus est; sed ædificia, aut loca gregibus et pecoribus, aut feris continendis parata dixit, non hospitia significavit. Id enim stabulum vi ipsa significat. Ductum est enim verbum a stando, quod brutorum divertentium proprium est, non hominum. Nec temere quisquam aliter hoc verbo uti reperietur, nisi qui rem ab animantibus brutis ad homines transferre voluit. Quid enim stabulari, quid stabulatio, quæ inde dicta sunt? quis hæc nisi de brutis usurpat? Quis dandam esse operam dixit, ut homines commode stabulentur, pro eo quod est habitent? Quis hominibus stabulationem esse comparandam, pro habitatione et diversorio? At hæc omnia de animalibus brutis passim dicuntur. Nam quod addit Ulpianus. *Vel alia meritoria in villis*, quid ad rem pertineat non intelligo, ut ille stabuli verbo, quo antea usus erat, diversorium intellexisse arguatur. Stabula inquiunt, meritoria intellexit Ulpianus, postquam ita addidit *vel alia meritoria*. Primum non necesse est ita interpretari. Potuit enim, ac nisi fallor, debuit sic accipi: Sed et si forte stabula sunt quæ gregibus et armentis, non hominibus accipiendis serviunt, vel alia ædificia meritoria quæ divertendi scilicet tantum caussa parata sunt, non habitandi, non magis quam stabula prædiorum urbanorum numero erunt; ut sit sensus: Quæcunque ædificia sunt in villis, etiam si ad habitandum parata non sint, urbana tamen prædia esse, cujuscunque generis fuerint. Quod, ut eum sentire intelligeremus, statim subjunxit: *quia urbanum ædificium non locus facit, sed materia*. Videturne, cum hæc dixit, de omnibus stabulis aperte significare voluisse? Ut enim stabulis jumentorum ædificii nomen detraxerimus, tamen materia constare relinquetur. *At prædium urbanum*, inquit, *non locus facit, sed materia*. Sed esto, his verbis *vel alia meritoria* significarit Ulpianus se stabula prius cum dixit, meritoria intellexisse, continuone diversoria eum dixisse intelligemus? At nihil vetat meritoria esse etiam ea quæ jumentis stabulandis destinata sunt. Nihil vetat denique meritoria esse ædificia stabulandi caussa parata, ut tamen sint ædificia. Ne longius abieris. Nonne si omnia meritoria, diversoria esse putamus, ridicule Ulpianus, cum prius diversoria dixisset quæ appellatione stabulorum, ut isti volunt, intellexit, addidit postea vel alia meritoria? Hoc enim perinde foret, ac si diceret, urbana prædia esse, si forte diversoria sint in villis, vel alia diversoria. Quo quid ineptius? Quod si, ex meritoriis ædificiis, alia sunt hominum recipiendorum caussa facta, alia pecorum et jumentorum, cur non e converso potius stabulorum verbo ea quæ jumentorum caussa parata sunt, ut vis verbi, et usus postulat, accipimus, aliorum autem meritoriorum appellatione, ea quæ sunt hominum caussa parata? Postremo ne sic quidem multum profecerimus, si Ulpianum stabulorum verbo hospitia rustica intellexisse dicemus. Ut enim de ædificiis jumentorum stabulandorum caussa paratis non loqueretur, tamen quid de iis quoque tenendum esset ex ejus definitione intelligeremus, cum ita dicat, urbanum ædificium non locum facere, sed materiam. Sed nec

Neratius hic addidit quæ stabula intelligeret. De stabulis uterque et generaliter loquitur. Nec dubium est quin stabula uterque intelligat, ædificia quæ ad jumenta et pecora stabulanda comparata sint, si verbi usum et proprietatem sequimur. Quid ergo est? Ergo Ulpianum, quæ in usu juris prædia urbana sint definisse puto, itaque eo tradidisse, urbana prædia esse omnia ædificia, quod ex sententia juris, quodcunque de urbanis prædiis loqueretur, hæc prædia significarentur, licet minus proprie interdum. Quod intelligere licet ex hoc ipso jure quod est de illatis et invectis in prædia urbana. In quo, et si neget Neratius stabula urbanorum prædiorum numero esse, juris tamen sententia, hæc quoque ipse in hoc numero haberi debere ait. Idem intelligere possumus in servitutibus urbanorum prædiorum, de quibus cum hoc jus sit constitutum, ut non aliter non utendo amittantur, quam si vicinus quoque libertatem simul usuceperit, cum servitutes rusticorum prædiorum non utendo solum amittantur, *L. hæc jura, de serv. urba. præd.* in hujus juris interpretatione, de sententia et mente legis, prædia urbana accipimus ædificia, et urbanorum prædiorum servitutes, quæ ædificiis debentur suntque in superficie; rusticorum eas quæ in solo consistunt, §. *prædiorum, Insti. de servitu. prædio.* Neratium autem proprietatem verbi secutum hoc loco intelligo, eoque negasse stabula quæ in continentibus ædificiis non essent, prædiorum urbanorum numero esse, quia proprie, et ex ea ratione quam in definiendo hoc verbo secutus est, prædium urbanum non esset. Quod quo facilius intelligatur, animadvertendum esse puto, Neratium prædiorum urbanorum loco habuisse, primum ædificia omnia quæ habitandi caussa parata essent, ubicunque essent. Quod ex eo facile colligitur quod de stabulis hoc loco scribit. Nam cum dicat ea prædiorum urbanorum non esse ideo, quia neque ex genere cæterorum ædificiorum sint, neque his sint conjuncta; declarat, si quæ sint alia ædificia et si ruri sint, prædiorum urbanorum loco ea se habere. Alioqui, si ex loco rustica esse putavit omnia quæ ruri essent, non debuit de stabulis hic dubitare, sed de omnibus ædificiis quæ in urbe aut continentibus urbi ædificiis non essent, generaliter pronunciare debuit, prædia hæc urbana non esse, quia essent ruri. Hæc igitur primum sine dubitatione in prædiis urbanis habuit. Proxime, quæ in ea caussa essent, ut habitari possent et possent homines accipere divertendi caussa, ut horreum et diversorium. Tertio loco quæ his conjuncta essent tanquam iis deservientia, ut aream quæ in ædificio est. Hoc enim est quod Ulpianus scripsit in *L. 3. hoc tit. si horreum fuerit conductum, vel diversorium, vel area* (aream accipe, quæ in ædificio est, quod de hortis diserte Ulpianus adjecit in *L. urbana prædia de ver. sig.*) *tacitam conventionem de invectis et illatis, etiam in his locum habere putat Neratius;* de horreo videlicet, et diversorio et area ideo specialiter dixit, quia dubitari poterat, num hæc ædificia prædiorum urbanorum essent, cum et habitandi caussa parata non essent. Est enim horreum, quod reponendis, et asservandis frugibus, item fructibus paratum est, et in usu Jurisconsultorum, fere is locus in quo res quæque pretiosissimæ reponuntur et custodiuntur. Diversorium est hospitium, locus omnis in quem ex itinere, vel aliunde divertimus commorandi causa, non habitandi. Quod Cicero expressit his verbis in Catone majore: *ex ista vita sic discedo tanquam ex hospitio, non tanquam ex domo. Commorandi enim natura diversorium nobis, non habitandi dedit.* Area autem est locus in urbe ædificiis vacuus, ut dubitari non possit quin non sit ædificium *L. fundi, D. de verb. sig.* Tacitam tamen conventionem de invectis et illatis, in his locum habere putavit Neratius, quia hæc urbanorum prædiorum essent, quod vel incoli possent, vel ædificiis servirent. Quod si quæ neque habitandi caussa parata essent, neque hominis habitationem reciperent, neque ædificiis conjuncta essent, cujusmodi sunt stabula, id est septa continendis et stabulandis tantum gregibus deservientia quæ in continentibus ædificiis non sunt; non dubitat quin prædiorum urbanorum numero non sint, non quia sint ruri, sed quia neque forma neque usu urbana sint. Nam cur de his solum pronuntiat urbanorum prædiorum numero non esse, si diversoria quoque quæ in continentibus ædificiis non sint, eodem numero habeat? Non sunt igitur proprie, ut ad rem redeam, stabula hujusmodi urbanorum prædiorum, cum a cæteris ædificiis separata sint. Et tamen hæc ipsa huc quoque referri debent, cum ædificio et materia constent, ex legis sensu, quamvis minus proprie ita dicantur. Neque hoc cuiquam mirum videatur, quæ minus proprie urbana prædia dicantur, ea Neratium simpliciter dicere urbanorum prædiorum non esse. Hoc modo Julianus de servo, hærede scripto ab eo domino qui in hostium potestate decessisset, deque filio, eodem casu a patre hærede instituto agens, locutus est in

*L. lege Cornelia D. de testam.* Nam eum in fine necessarium hæredem dici non posse ait, qui in potestatem morientis non fuerit, quem paulo ante minus proprie ita dici scripserat.

IV. Sed multo magis superiori definitioni Ulpiani adversari videtur quod idem Neratius de servitute rusticorum prædiorum tradidit, *L. 2. de serv. rust. præd.* Is enim scripsit, rusticorum prædiorum servitutes esse, quæ ædificiis nostris debentur. Rusticorum etiam inquit prædiorum servitutes sunt, licere altius tollere, et officere prætorio vicini, vel protectum habere licere. Quæ duo nisi in ædificiis haberi non possunt ad ædificiorum nostrorum utilitatem. Ita, quæ ruri sunt ædificia, hæc rustica prædia appellat, non urbana, omninoque ista non materia distinguit, sed loco. Equidem, quod ad me attinet, ex loco non male rustica etiam dici existimo quæ ruri sunt, si modo recta dicuntur rustica quæ ad rus pertinent. Nec novum est, quæ ruri sunt ita dici. Florentinus in *L. fundi* de verb. signific. *Fundi appellatione, omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu, urbana ædificia ædes, rustica villæ dicuntur.* Ulpianus *L.* 1. §. *Cassius quoque* D. de aqua pluviæ arcen. *Cassius quoque scribit, si aqua ex ædificio urbano noceat vel agro vel ædificio rustico, agendum de fluminibus et stillicidiis.* Sic quoque Neratium, prædium rusticum nominasse certum est. Sed aliud est, cum verbum per se ex instituto loquentis ponitur, aliud cum in eo sententia legis exquiritur. Quod ad rationem nominis attinet, nihil vetat diversis rationibus idem prædium quod ruri est, quia ædificium sit, ex similitudine et usu, urbanum dici; et rursum, quia ruri sit et in villa, rusticum. Cum autem significatio ad legem quæ de urbanis prædiis loquitur, revocatur, urbana prædia ædificia accipienda esse dicimus, ubicunque sint, et maxime quidem in servitutibus; in quibus quæ ratio est cur ædificii quod in urbe est, jus non aliter admittatur, quam si una etiam vicinus susceperit servitutem, eadem in ædificio, quod ruri est, locum habet. Quæ Ulpiani definitio est, quam initio retulimus, ad usum legis scilicet accommodata, eadem Justiniani in §. *prædiorum, Instit. de servit.* Quod autem Neratius rusticorum prædiorum servitutes illas esse etiam dicit licere altius tollere et cæteras, non dicit quasi definire volens quæ sint urbanorum, quæ rusticorum servitutes (nam id quidem est aperte contra legis mentem et rationem); sed hoc significans, has servitutes altius tollere ædes, protectum habere licere, non in ædificiis solum urbanis, verum etiam in rusticis constitui posse. Quod Ulpianus expressit in *L.* 1. *commun. præd.* his verbis: *ædificia urbana quidem prædia appellamus; cæterum, etsi in villa ædificata sint, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt.* Relinquitur igitur, quæcunque ædificia sunt, ea si conducta sunt, cujuscunque generis et ubicunque fuerint, in his conventionem de invectis et illatis locum habere, vel Neratii sententia, vel quod urbana prædia sint, vel quod pro prædiis urbanis haberi debeant. Recte, si quidem in his nulli sunt fructus qui, pro locatione, pignori esse possint locatori, ut in prædiis rusticis.

V. Dixerit quispiam, secundum hanc sententiam eventurum, ut omnia illata et invecta etiam in fundum, pignori sint locatori, propterea quod quæ inducuntur in fundum, tamen omnia in ædificium aliquod inducuntur, ut ibi custodiantur et asserventur. Nisi forte quæ in fundum inducuntur, ea in ipsum agrum induci intelligimus, ut sint sub dio ubi illa corrumpi et interire necesse sit, quod est absurdum. Jam vero omnia inducta pignori esse locatori, contrarium est ei distinctioni prædiorum quam posuimus. Ego sic judico, si ædificium per se alicubi conductum sit, quæcunque in id prædium invecta et illata sint, pignori esse locatori; quia verum sit, prædium urbanum esse, idque esse conductum. Sed, si fundus conductus sit principaliter, etsi in eo fundo sit aliquod ædificium quod ejus fundi pars est (nam is proprie est fundus, ager cum ædificio, *L. fundi D. de verb. sig.*) ajo, sive in ipsum agrum, sive in id ædificium res inductæ sint, in ipsum fundum, id est in prædium rusticum inductas videri; quia fundus conductus sit, non ædificium, et præterea id ædificium pars ejus habeatur, *L. fundi, D. quibus modis usufru. amit.* Sic fieri ut in ædificium inducantur, neque tamen, contra superiorem distinctionem, pignori sint locatori. Sed ad reliqua pergamus.

VI. Ait lex: *Sunt pignori obligata.* De hac obligatione commodum hoc loco monendi sumus, non eandem esse vim ejus obligationis in omnibus rebus illatis, quæ futura esset, si res manifestaria conventione pignori essent obligatæ. Et hoc interest (inquit Paulus) *L.* pen. hoc tit. *quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus; inhabitantes autem manumittimus, scilicet ante quam pensionis nomine præclu-*

*damur. Tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus. Et derisus est*, inquit, *Nerva jurisconsultus, qui monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse per fenestras*, cum illinc conspicerentur, quasi non essent præclusi, quos per fenestras conspicari possemus. Quod ait lex omnia inducta obligata esse locatori, declarat, si is qui ædes conduxit, partem earum locaverit, ea quoque pignori locatori fore, quæ a secundo conductore inducta sunt, in eam tamen summam duntaxat in quam cœnaculum conduxit. Nam et hic conductor est, dominus locator, *L. solutum, §. solutam, D. de pig. act.* Plane, *si gratuitam habitationem conductor mihi præstiterit, invecta a me domino insulæ pignori non erunt*, ut Pomponius *hoc tit.* scribit, *L. 5.* Quod sic accipiendum est, ut in totum nun sit obligata; id est, neque pro pensionibus domus, quas nullas debeo; neque si deteriorem habitationem culpa mea fecero, quia verum est me ædes non conduxisse. Lex autem quæ est de invectis, de inquilino loquitur. Is est autem qui ædes mercede inhabitat.

VII. Sequitur de prædiis rusticis: in quibus, de invectis et illatis, contra observari Neratius author est. Quod quam sententiam habeat, considerandum est. Et quidem, cum prius dixisset invecta et illata pignori esse locatori, etsi nihil nominatim convenisset, mox subjiciat in prædiis rusticis contra observari; nemini dubium esse potest quin hoc significet, inducta et illata in prædia rustica non esse pignori domino fundi, si nominatim ut pignori essent non convenisset. Pro qua sententia facit quod Justinianus in §. 3. vers. *interdictum quoque Instit. de interdic.* ita scribit: *Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendæ possessionis caussa comparatum est, eoque utitur dominus fundi, de rebus coloni quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*: tacite innuens de iis nullam esse persecutionem, de quibus nihil esset pactum. Item quod de his prædiis loquens Pomponius, *L. 7. D. in quib. causs. pign. tac. contr.* in iis ait, *fructus qui ibi nascuntur, tacite intelligi pignori esse domino fundi locati, etiam si nominatim id non convenerit*, de fructibus loquitur tantum. Unde conjecturam capere licet; cæteras res non intelligi tacite pignori esse obligatas, nisi quid convenerit; alioqui non fructus contentus fuisset dicere, sed addidisset etiam invecta et illata in fundum pignori esse, quæ nihilominus quam fructus pignoris jure teneri intelligerentur.

VIII. Extat tamen rescriptum Alexandri sub *tit. locati C.* quo de iis quæ in fundum invecta sunt, ita scriptum est, quasi ea quoque pignori obligata sint, si dominus sciverit ea inferri. Cujus verba hæc sunt: *Certi juris est, ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando autem domus locatur*, non est necessaria *in rebus inductis vel illatis scientia domini* Nam ea quoque pignoris jure tenentur. Ex quibus verbis id colligi videtur; ut quæ in prædium rusticum, vel urbanum inducta sunt, sine discrimine tacite pignori sint omnia, etsi nihil nominatim convenerit. Sed quoniam in prædiis rusticis aliud observari dicimus quam in urbanis, sit hæc dissimilitudo, ut in prædiis urbanis non sit necessaria domini prædii de rebus illatis scientia; in rusticis contra ejus voluntas, id est scientia sit necessaria. Sicque vulgo ab interpretibus juris ad nostra tempora id rescriptum acceptum est. De qua sententia plura non dicam, cum sit iis quæ diserte a jurisconsultis in hoc genere tradita sunt, iisdem temporibus quibus Alexander vixit, et ab iis ipsis jureconsultis qui in consiliis fuerunt, ut Paulo et Ulpiano, contraria; quæ tamen consentanea esse debuerat, et futura erat, si modo ita esset, ut illi interpretantur. Tantum admonebo, quod est in promptu, verbis rescripti eam sententiam nullo modo convenire. Ait rescriptum: *ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint.* Longe aliud est, voluntate dominorum aliqua inducta esse, aliud scientia; propterea quod fieri possit ut sciat dominus pleraque inferri quæ illi non placeant, nec possit prohibere; fieri possit etiam, ut eo ignorante multa inducantur, quæ si sciret, volente eo fierent et approbante. Deinde quid ad obligationem inductorum facit, quod dominus ea vidit inferri in fundum? Quid enim ad consensum mutuum pertinet de his obligandis, quod dominus scivit ea inferri? An quæ obligatio inter ignorantes non contrahitur, ea inter scientes contrahetur, ubi nihil convenisse illos certum est? Nihil caussæ est, neque hoc prudentiæ Alexandri, aut cujusquam Jurisconsultorum convenit. Potius igitur viris doctissimis assentiendum est, Francisco Duareno, Eguinario Baroni, Francisco Connano, quos ego viros, sicut ipsorum dignitas postulat, honoris caussa nomino, sententiam Jurisconsultorum de invectis et illatis retinentibus, illudque Alexandri rescriptum sic accipientibus, ut voluntate dominorum in-

duci in fundum hoc significet, volente et patiente domino ut illa pignori essent, quæ sunt in fundum inducta. Quod est iis quæ dicimus, consentaneum. Sed quoniam in eo laboratur quomodo verba rescripti, quæ voluntate dominorum coloni in fundum induxerint, ad hanc sententiam traducamus, cum fieri possit ut voluntate, seu pactione Dominorum quædam inducta sint, neque tamen convenerit ut, postquam inducta sunt, pignoris jure teneantur; de eo nobis dicendum est. Et mihi idem quod plerisque eorum videtur, ut qui id egerit cum colono, qui hanc legem locationi dixerit, id est, quod rescriptum ait, qui voluerit ut illa aut illa inducerentur; ut ipse et per consequentiam pactus esse intelligatur, ut de iis sibi promissum sit, id est pignoris loco teneantur. Nam alterius rei caussa id cavisse intelligi non potest, nisi vero frustra id placuisse dicemus; quod cum agere aliquid voluerint, probandum non est. Idque usus noster comprobavit, apud quos hanc legem locationibus adjici usitatum est. Et omnino, cum quid dictum inter aliquos, actumve est, semper id efficiendum est, in re dubia, ut pactio aliquid egisse videatur. Inde eum qui debitori suo cautionem reddidit, convenisse videri dicimus, ne peteret, profuturamque debitori conventionis exceptionem, *L. 2. de pact.* Quia non frustra reddiderit, neque porro alius redditæ cautionis usus videri possit, nisi ut debitor securus reddatur. Sic enim fieret pecunia soluta. Sic Paulus eum qui uxori suæ ea quæ vivus donaverat, vulgari modo legavit, non de aliis donationibus videri sensisse respondit, quam de iis quæ jure valituræ non sunt; *alioqui*, inquit, *frustra ei legaturus sit, si ita exprimat: quæ uxori meæ jure donavero, ea ei lego. Nam inutile legatum futurum est*, *L. si quando de leg* 1. Quod autem dicitur in rescripto Alexandri, *quando ædes locantur, non est necessaria domini scientia*, non sic dicitur, per adversativam, quasi colligi debeat, cum ædes non locantur sed fundus, scientiam tantum domini, id est voluntatem requiri. Sed ita dictum est, ut ex comparatione majorum, si id quod minus est, non requiritur, multo minus id requiri, quod majus est, intelligamus. Sitque, quod Duareno nostro recte videtur, hic sensus; tantum abesse ut voluntas domini necessaria sit, quando ædes locantur, ut ne requiratur quidem scientia. In summa, invecta et illata in prædia rustica non alias pignoris jure tenentur, quam si id convenerit ut pignori essent.

IX. Sed conveniri potest dupliciter; et aperte, cum id agitur nominatim ut res pignori sint; et per consequentiam quandam, cum id agitur ut res in fundum colonus inducat. Id enim hoc valet, ut habeat dominus unde possit illi esse cautum, quod hoc rescripto Alexandri significatur.

X. Cur autem in his prædiis invecta et illata non sint pignori, ubi nihil convenit, in urbanis contra tacite pignori sint; id caussæ est, quod locatori, pro pensionibus fundi, satis cautum fuit fructibus quos pignori esse diximus. Nam quam aliam ob caussam locator mercedem percipit, nisi quod colonus fructus habet? Qui si locatori obligentur, res ad eum sua sine damno redit. Hi cum nulli essent in urbanis prædiis, necesse fuit, si quidem ulla re caveri vellemus locatori, invectis et illatis cautum esse. Dixi in quibus caussis pignus tacite obligetur, quasi id convenerit.

XI. Nunc dicendum est in quibus detur privilegio. Id utilitatis caussa partim creditoris personæ tribuitur, cui lex consultum esse vult; partim rei et caussæ de qua agitur, sine ullo personarum quæ contraxerunt, delectu.

XII. Creditoris gratia pignus datur lege, in fisco et pupillo, minoribusque vigintiquinque annis.

XIII. Quod ad fiscum attinet, hujus privilegium est, ut quisquis quid fisco, quacunque ex caussa et quocunque modo debere cœperit, ejus statim bona fisco obligentur, tam quæ habet quam quæ habiturus est. Publicæ utilitatis caussa, scilicet ut quæ in publicam caussam reditura sunt, ea omni ratione dissolvantur, *L. 1. L. 2. L. 4. C. hoc tit. tot. titu. de privileg. fisci. C. L. aufertur, §. fiscus, D. de jure fisc.* Dixi exinde fisco bona debitoris obligata fore, ex quo quid ei deberi cœperit. Nam, si in privati creditoris locum succedat, et alii sint ejusdem debitoris qui privato debebat, creditores, pro anterioribus successionis suæ temporibus privati jure utatur, ut quemadmodum privatus in cujus locum fiscus successit, cæteris creditoribus non præferretur, si nullam hypothecam haberet, aut non haberet priorem, cum illi haberent; sic nec fiscus præferatur, qui privati jure utitur, *L. fiscus 6. de jure fisc.* Et hoc est, quod Ulpianus in *L. rescriptum* in princ. *de pact.* ait *fiscum quoque in iis casibus, in quibus hypothecas non habeat, exemplum creditorum sequi oportere:* intelligendum est enim, fiscum pro anterioribus successionis suæ temporibus hypothecas non habuisse, quin cæ-

terorum creditorum exemplum sequi deberet, ut ille sequeretur in cujus locum successit, etiamsi alii hypothecam non habuerint. In fisci privilegio hoc notandum est, non solum debitoris ipsius bona pignori obligari, quod semper fit; sed esse interdum cum uxoris quæ ipsi debitori fisci nupsit, dos pignori obligetur. Quod in primipili persona constitutum est, ut tamen dos subsidio tantum teneatur; de quo extat constitutio sub eo *tit. C. L.* 4. Tam arcta scilicet et ad commodum Reipubl. pertinens primipili obligatio existimata est, ut pro ea etiam dos uxoris, quæ tamen quodam modo ipsius mariti est, pignori teneatur. Cujus rei argumentum est, quod etiam filii qui patri hæredes non extiterunt, eo nomine, pro ea conjunctione quæ intercedit patri cum filio, speciali jure teneantur, *L. ulti. Cod. de primip. lib.* 2. Est enim primipilus, qui militari annonæ curandæ præpositus est, cujus cura et administratio omnibus potior, et antiquior esse debet, utpote cujus neglectus aut interversio vel minima, maximas interdum in militibus corporum et animorum remissiones facit.

XIV. De pupillo autem minoribusque vigintiquinque annis, non idem jus est, ut quisquis quid pupillo, cæterisque minoribus quid debeat, hujus bona obligentur. Sed hoc in persona tantum tutorum et curatorum receptum est, favore minorum quorum res per alios gestæ sunt, ut eorum qui gesserunt aut gerere debuerunt, bona pignoris titulo sint obligata pro officio administrationis, *L. pro officio C. de administr. tut. L. unica*, §. 1. *C. de rei uxo. actio.* Illud specialiter in persona matris quæ tutelam filiorum suscepit et, needum ratione reddita, ad secundas nuptias venit, provisum est constitutionibus, ut non solum ipsius matris, sed etiam ejus, qui matris tutelam gerentis nuptias affectaverit bona omnia teneantur pupillorum rationibus obnoxia, ne quid incuria, vel fraude depereat, *L.* 2. *C. quando mul. tut. offic. fungi pos. L. penul. C. eo. tit.* Præterea, ex constitutione divorum Fratrum, res pupillaribus pecuniis emptæ, jure pignoris pupillo obligatæ sunt, adeo ut ne servi quidem ea pecunia empti liberi fiant, *L. pe. C. de ser. pig. dato manus.* Quod pro favore pupillorum, singulari jure constitutum esse argumento erit quod, in cæteris rebus aliorum pecunia mutuo data emptis, diversum jus est; quas certum est, non aliter in obligationem pignoris deduci, nisi specialiter vel generaliter creditori sint obligatæ, *L. quanvis*, 2. *C. de pignor.*

XV. Pro utilitate autem rei qua de agitur, pignus lege datum est in his fere caussis. Primum, in caussa dotis, de qua ita a Justiniano cantum est in *L. unica*, §. 1. *C. de rei uxor. actio.* ut, pro dotis obligatione, debitoris bona ex utraque parte hypothecæ subjiciantur, id est tam mariti ad restitutionem dotis quam accepit, quam mulieris pro ipsa dote præstanda, vel rebus dotalibus evictis, nec non etiam cæterorum, qui aut pro marito dotem susceperunt, aut pro muliere promiserunt. In quo non personarum sine dubio, sed rei de qua agitur, id est dotis ratio habetur. Cujus ubique caussam præcipuam esse e Republica est, *L.* 1. *solut. matrim.*

XVI. In caussa quoque legatorum, et fideicommissorum, ejusdem principis constitutione, inter cæteras actiones quæ ab eo inductæ sunt, ut personalis, et in rem legatam, sit tacita hypotheca; et pignoris persecutio legatariis data est in rebus testatoris, adjuvandæ scilicet voluntatis testatoris gratia, quo modis omnibus eis satisfiat, *L.* 1. *C. commu. de leg.*

XVII. Postremo. *Senatusconsulto quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum est, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit.* Quod Papinianus interpretatur, non tantum ad eum pertinere, qui domino insulæ pecuniam mutuam dedit, sed etiam *qui redemptori operis, domino mandante, nummos administravit*, *L.* 1. *hoc tit.* scilicet quia nihil intersit utrum domino ad restitutionem ædificii mutuam pecuniam dederimus, an alii jussu ejus in eam caussam, *L. solutum*, §. *solutam*, *D. de pig. act. tit. quib. modis toll. obli.* in princip.

XVIII. Quod jus Acoursius et plerique omnes eum secuti, ad eos omnes pertinere putant, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis, pecuniam mutuam dederint, idcirco quia horum quoque pecunia salvam fecit navem non minus quam ille insulam, cujus pecunia insula restituta est. Quod si verum est, ne etiam ille qui pecuniam ad rem emendam credidit, eam rem sibi obligatam habebit, quia verum est, ut eam rem haberet debitor, per pecuniam creditoris esse consecutum; quod falsum est, *L. quanvis*, *L.* 7. *C. de pi.* Et profecto sic se res habet ut, cum S. Consultum de eo factum sit nominatim, quod ad refectionem extructionemve ædificii crediderit, cæteri excludantur verbis, quia ad refectionem alterius rei pecuniam crediderunt, nec injuria. Non enim eadem caussa est ædificii reficiendi,

et navis aut alterius rei conservandæ. In ædificiis tuendis sarciendisque, publica utilitas versatur. Agitur enim in eo dignitas urbis et ornamentum, ut ædificia integra sint et bene composita, non cassa, et ruinosa, ne ruinis aspectus urbis deformetur. Itaque non in hac re tantum, sed etiam in aliis, contra non necessarias demolitiones ædificiorum. pro iis augendis et sartis tectis tuendis, multa legibus cauta et constituta sunt. Nam et lege duodecim tabularum. de tigno injuncto alienis ædibus agere non permittitur, ut examinatur, ne per eam caussam ædificia diruantur, *L. 1. de tig. infuncto*, et Senatusconsultis, ea quæ ædibus juncta sunt, legari non possunt, nisi hactenus ut in alias ædes transferantur, neque tamen integra ædificia deponantur, *L. Cætera, de leg.* 1 *L. 2. C. de ædific. priv.* Quorum nihil simile in navi, et cæteris rebus; ut dicendum sit, verbis Senatusconsulti cessantibus et sententia, pignus in cæteris rebus non contrahi, quæ aut refectæ aut emptæ ex pecunia nostra fuerint, nisi de eo generaliter, aut specialiter convenerit. Decepti sunt qui contra senserunt. Primum, similitudine istarum rerum, quæ illis esse videbatur, quæ tamen nulla est, ut ostendi; deinde quod apud Ulpianum legerant, eum qui in rem conservandam pecuniam credidisset, cæteris creditoribus esse potiorem, quibus eadem res prius obligata erat; et nominatim exempla addita sunt de eo, qui ad armandam navem vel reficiendam credidit, *L. interdum cum L.* seq. *inf. qui pot. in pign. hab.* quasi diceret Ulpianus hunc quoque tacite navem obligatam habere, quem dixerat in ea nave cæteris, quanvis prioribus esse potiorem, quia non possit esse potior in nave, nisi etiam sit illi obligata. Quod profecto ab illis male colligitur. Hoc enim sic accipiendum est, eum cæteris esse potiorem in pignore, si modo etiam res illa pignori obligata sit. Neque enim eo loco tractatur quomodo navis obligetur pignori; sed ex iis quibus obligata est diversis temporibus, quis sit potior quæritur. Ille igitur erit qui, ad eam reficiendam aut extruendam, pecuniam credidit, quanvis posterior crediderit, dummodo illud prius supponatur, huic quoque fuisse obligatam, quod fit aperta conventione. Hujus rei certissimum argumentum est, quod Justinianus, de hoc privilegio loquens, eorum qui ad rem conservandam pecuniam crediderunt, cum eos quanvis tempore posteriores, antiquioribus creditoribus præferri dixisset, nominatim eum in hoc numero citavit, cujus pecunia ager vel aliud quidvis emptum esset, *Novella 97. de æqualit. do.* §. *his consequens.* Num ergo inde colligimus, ex cujus pecunia ager emptus est, ei agrum emptum pignori obligatum esse? Minime, ut arbitror. Certi enim juris est, nisi specialiter vel generaliter is obligatus sit, pecuniæ numerationem agrum in caussam pignoris non deduxisse, *d. L. quanvis*, 17. *C. de pigno.* Ex quo intelligi debet, nec in cæteris rebus id colligi ex illis locis posse, cum de omnibus eodem modo, ut de agro aliena pecunia empto loquatur.

XIX. In hoc Senatusconsulto notandum est, quod Senatusconsultum, de eo qui ad refectionem extructionemque ædificii credidit, loquitur. Unde colligitur ut, si quis ad ædes emendas pecuniam crediderit, quæ res ad conservationem et refectionem ædium nihil pertinet, is ædes pignori obligatas non habeat, quia ad conservationem ædificii et ad ruinas prohibendas, id est, ad utilitatem publicam nihil contulerit, propter quam caussam pignus insulæ ei qui ad eam reficiendam credidit, datum est.

## CAP. V.

### De prætorio pignore, et quibus in caussis pignus a magistratu constituatur.

*Transitio, et ordo.* I.
*Pignus prætorium duplex; alterum in caussa judicati; quale hoc. et cur prætorium, non judiciale vocetur.* II. III.
*Alterum, cum quis, ex una aliqua caussa est in possessionem missus magistratu.* IV.
*Quid prætorium pignus a legitimo et conventionali differat.* V.

I. Expositæ sunt breviter eæ caussæ, in quibus pignus lege tacite contrahitur, quod pignus tacitum dicimus. Alterum genus erat pignoris, quod appellamus constitutum, quia non per se quasi nascitur sine alia conventione, sed aliena voluntate et jussu constituitur. In quo illud primum est quod à magistratu datur, indeque prætorium appellatur, de quo dicendum est.

II. Pignus, magistratus jussu, duabus in caussis datur. Unum genus est ex caussa judicati. Est enim hic ordo juris: si condemnatus intra id tempus, quod judicatis datur, pecuniam non solvit, ejus bona capi jubentur ac distrahi, unde judicatis satisfiat. Quæ cum capta et occupata sunt eo ordine quo jus fieri præcepit, tum jure pignoris teneri intelliguntur, non aliter quam cæteræ res quæ debitoris voluntate sunt obligatæ: de quo Titulis in Codice Justiniani *Si in caussa judicati pignus captum sit.*

III. Hoc genus quidam judiciale vocant a judicio quod ejus confirmandi caussa constituitur, non male fortassis, sed tamen hæc omnia quæ a magistratu dantur, Justinianus prætoria appellat *in d. L. ul. C. de præ. pigno.* Quod est melius, ne cum judiciale hoc pignus dici audimus, existimemus ideo ita dici, quia a judice detur in judicio; quod non ita est. Nunquam enim in caussa judicati pignora capiuntur jussu judicis. Quid enim si judex datus sit? sed a magistratu tantum, sive is judicaverit, sive judicem dederit; judicibus enim a prætore datis, non judices qui judicaverunt, sed prætor cæterique magistratus qui eos dederunt, sententiam exequuntur, *L. a Divo Pio, D. de re judic.* Unde a prætore rectius prætorium appellatur, quia ex officio ejus hoc quoque proficiscitur.

IV. Alterum genus prætorii pignoris in his caussis cernitur, ex quibus in possessionem quis a magistratu mitti solet, *L. non est mirum, de pig. act.* Has autem caussas complures esse constat, ut rei servandæ caussa, legatorum, seu fideicommissorum servandorum gratia, et ventris nomine, et quæ sunt ejusdem generis, quæ ex suis locis petendæ sunt, vide *L.* et titulum *Quib. ex caus. in poss. eat.* Utrumque hoc genus pignoris prætorii, et caussas ex quibus constituatur, indicavit rescripto quodam suo Antoninus Imperator, quod extat sub *titu. C. qui potior. in pign. hab.* Cujus verba hæc sunt: *Si decreto prætoris qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hæreditarii, fideicommissi conditionalis servandi gratia, prius inducti estis quam adversarius vester in causam judicati ejusdem fundi pignus occupavit, ejus jussu qui jure sententiam exequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, prævalet jure qui prævenit.*

V. Inter pignus hoc prætorium et cætera quæ aut lege tacite dantur, aut conventione, hoc interest, quod illa, simul atque obligatio subest aut de pignore convenit, creditori obligantur, etiam si nunquam res in manus et possessionem creditoris venerit. Quod autem a magistratu datur, non alias constituitur, nisi in possessionem ventum fuerit quibus ex caussis in possessionem missi sumus, aut res ex caussa judicati capta et occupata sit, *L. non est mirum. D. de pig. act. L. 2. C. qui pot. in pign. et titu. C. si in cau. jud. pign. capt.* Ex quo eveniet ut, si forte decreta sit a magistratu missio in possessionem aut pignorum captio, prius autem quam res occupatæ sint, distractæ fuerint a debitore, non detur earum nomine creditori persecutio, quia pignus ante constitutum non fuerit; quæ tamen futura est, tum cum in possessionem ventum erit, si creditor earum rerum possessione exciderit. De quo extat Justiniani constitutio, *L. 2. C. de præto. pig.*

## CAP. VI.

### De pignore conventionali, et de conventione quæ in eo contrahendo necessaria est.

*Continuatio. Pignus ex domini voluntate constituitur testamento vel conventione.* I.
*In posteriore totum efficit consensus; quid huic rei consequens.* II.
*Consensus hic quomodo explicatur rebus et factis.* III.
*Conventio de pignore aut specialis aut generalis; quid utraque.* IV.
*Quid rerum in utraque contineatur, æstimari ex verbis.* V. et seqq.
*Quid sit in speciali comprehensum, quatenus ex ipsa vi et usu verborum intelligatur.* VI.
*Quæ accesserint comprehensis nominatim, et quæ inde nata, in pignoris obligationem venire.* VI. VII. VIII.
*Generali constituta hypotheca, res omnes quas quis habet, obligari.* IX.
*Immo et res quas quis habiturus erit obligari possunt.* X.
*An qui* res suas, *vel* sua bona *pignori obligare se dixit, præsentia comprehendat tantummodo, an etiam futura.* XI.
*Quæ tacite excepta intelligantur ex obligatione earum rerum quas quis habet, et habiturus erit.* XII.
*Nullum esse pignus earum rerum quæ nec sunt specialiter nec generaliter obligatæ.* XIII.
*Exceptio doli mali datur creditori adversus debitorem suam rem petentem; quando, et quibus in caussis.* XIV.
*Aditus ad* Cap. seq. XV.

I. Cum neque lege pignus datum erit, neque jussu magistratus constitutum, restat ut voluntate domini in ea re opus sit, sive debitor is sit sive alius, ut res pignori obligetur; ex quo alterum genus nascitur pignoris constituti, de quo deinceps nobis cognoscendum est. Domini voluntate pignus constituitur testamento, aut conventione. Nam et testamento pignus constitui posse Ulpianus testis est in *L. non est mirum, de pignorat. actio.*

II. Sine testamento, nuda conventione, pignus contrahitur jure honorario, cum quis paciscitur ut res ejus, propter aliquam obligationem, sint pignori obligatæ, *L. 4. de pign. L. si tibi decem, §. de pignore, de pact.* In quo, si quam vim habeat quod dicitur consensu contrahi, intelligemus facile quæ huic rei consequentia sint, de quibus sub his titulis multa videbimus. Est autem de hoc genere ita scriptum apud Justinianum sub titulo *De obligation.* ex consensu. *Ideo,* inquit, de obligationibus quæ consensu contrahuntur loquens, *istis modis dicitur consensu obligatio contrahi, quia neque scriptura,* ut in literarum obligatione, *neque præsentia,* ut in stipulatione, *opus sit; ac nec dari quicquam necesse sit, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficiat eos qui negotia gerunt, consentire. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium.* Cum pignus eodem modo contrahi dicamus, necesse est nimirum eadem in hoc quoque genere intelligi. Sequitur igitur ut rem tradi necesse non sit, quam pignori obligatam velimus, *L. 1. de pign. act.* sequitur ut inter absentes recte contrahatur, *L. creditor prædia, D. de pign.* nec scriptura desiderabitur, *d. L. 4. L. tabernam, §. 1. eod. tit.*

III. Et quoniam non solum verbis voluntas cujusque et consensus declaratur, sed etiam rebus ipsis et factis, *L. 2. de pactis L. de quibus, D. de legib.* nihil intererit, ad pignoris obligationem, utrum quis de pignore dando verbis convenerit, an re aliqua et facto obligationi rei suæ se consentire ostenderit; ut de eo responsum est qui, postulante debitore, chirographum præscripsit sua manu nomine debitoris, quo continebatur illum pecuniam accepisse a Septitio, et simul convenisse ut Septitio creditori res pignori esset quæ dantis non erat, sed ejus qui chirographum scripserat, *L. fidejussor, §. 1. de pignor.* Huc pertinet illa Martiani conjectura, interpretantis, si quis fidejubeat, eum res illius a debitore pro quo fidejussit pignori data sit, intelligi, hoc ipso quod fidejussit, mandare res suas obligatas esse, *L. Pomponius, §. 1. in quib. cau. pign. vel hypoth. contr.* In quo conjectura voluntatis ex comparatione majorum ducta est. Nam qui seipsum pro alio obligat, multo magis res suas quæ ab eodem oppignoratæ sunt, obligatas esse patietur. Idque se velle sequenti facto declaravit. Unde recte ait Martianus: *si ante quis fidejubeat, post deinde ejus res hypothecæ sint datæ, non idem dicendum esse, quia scilicet nullum factum domini post pignoris dationem*

*secutum est, unde illum eam obligationem probare constaret.*

IV. Conventio de pignore duplex est, specialis et generalis. Specialis, cum specialiter et nominatim certæ res pignori opponuntur. Generalis, cum sine ulla rerum notatione, generaliter res omnes obligantur, quas quis habet, aut quas habiturus est; *L. 1. L: et quæ, §. 1. de pig. L. 2. C. eod. tit.* Quid utraque conventione contineatur quæritur. Nam ad quas res conventio pertinebit, eas obligatas esse necesse est. In quo de verborum vi omnis prope quæstio est. Illæ enim res pignori erunt, quæ verbis demonstrantur.

V. Et quidem, cum specialiter res quædam pignori obligatæ sunt, hoc solum quærendum est, quæ res conventione comprehensæ sint. Nam hæc sine dubio pignori futuræ sunt, non aliter. Ex quo illud est quod Papinianus scripsit, *L. 1. §. 1. de pignor.* servo pignori dato, creditorem peculium ejus nullo jure distrahere. Quippe peculium servi appellatione non continetur, multoque minus servi pars intelligitur. Ista ratione, cum prædia et mancipia quæ tum in prædio erant, debitor pignori dedisset, atque illis defunctis, alia in demortuorum locum substituisset, quamvis videri possent hæc quæ substituta sunt, defunctorum loco esse, tamen non esse obligata creditori Modestinus respondit, *L. fidejussor, de pign.* Recte, quia hæc non illa essent quæ pignori erant obligata. Sed diligenter quæ cujusque rei appellatio sit, considerandum est. Sæpe enim fit ut, quæ res ab initio datæ non videntur, quia tum non essent, postea cum accesserint, in obligationem veniant, quia vi nominis ejus quod dictum est, continentur. Unde grege pignori obligato, lametsi alicui videri possunt ea sola capita obligata esse quæ, quo tempore grex obligatus est, in grege fuerunt; tamen et quæ postea nascentur, et alia omnia quæ in locum demortuorum capitum substituta fuerint, pignori tenebuntur. De quibus tamen nihil, nec specialiter nec generaliter convenissé videtur, *L. grege*, in pr. *de pigno.* Hoc ut respondeamus, vis verbi intellecta et animadversa facit. Grex enim est obligatus, non singula corpora quæ tum erant, cum de pignore convenit. At, quamvis totus grex renovatus fuerit paulatim alias oves aliis substituendo, tamen dum renovatus sit modo grex idem, idem corpus esse intelligitur quod prius fuerat, *arg. L. proponebatur, de judic.* Igitur et quæ postea substituta sunt, pignori erunt; grex enim, ut dixi, non singula corpora obligata sunt. Neque contrarium est quod de mancipiis, in aliorum quæ obligata erant locum substitutis, diximus. Grex enim et aliis novis capitibus substitutis, semper idem est. Mancipia vero morte esse desinunt, nec possunt dici quæ substituuntur illa esse quæ prius fuerant. Huc referri debet quod de taberna scripsit Scævola, *L. Tabernam, de pig.* si taberna pignori data sit, merces quæ taberna continentur ibique exercentur, pignori oppositas videri. Sic enim, usitata figura metonymia, tabernam, id est locum ubi exercentur merces, pro eo quod continetur, dicimus. Et universitas, cum intelligatur data rerum ad negotiationem pertinentium, quæ assiduam commutationem recipiunt, non quæ nunc sunt merces, erunt pignori; aut quæ postea, sed quæ tunc reperientur, cum pignus creditor persequetur. Ita, non quid tone fuerit cum res pignori dabatur, sed quid verbi appellatio complectatur, spectandum est.

VI. Sed, cum dixerimus, in speciali conventione nihil nisi quod specialiter comprehensum est, contineri; tamen sciendum est, cum quid datum est, per consequentiam etiam illa quæ ei rei postea accesserint, item quæ inde nata profectave fuerint, in obligationem pignoris venire.

VII. Prioris generis est, si quid fundo per alluvionem accessit, *L. si fundus, D. de pig.* si cum nuda proprietas pignori data esset, ususfructus proprietati accrevit, *L. si convenerit, §. si nuda,* infr. *de pig. act.* Item si area pignori obligata, aut novum aliquod ædificium areæ impositum, aut veteri destructo, aliud restitutum fuerit, *L. si fundus, §. si res, L. ul. de pig. act.* Quæ omnia pignoris caussam sequentur. Atqui nihil horum quæ secuta sunt, pignori obligatum est. Nihil, sed non ideo hæc obligantur, quia quidquam de his convenerit, sed quod ab illis trahantur. Cum enim totum pignori datum sit, et totum sine partibus suis esse non possit, necesse est eas res quæ postea accesserint, pignori quoque esse, quo ejus rei quæ data est, partes esse cœperunt. Non est autem incerti juris, et usumfructum amissum sequi proprietatem, et quod solo impositum est, solo cedere, sic ut soli et areæ pars esse incipiat, *§. 1. Instit: de usufru. L. adeo. §. cum in suo, de acq. rer. dom.* Adeoque ædificium quod areæ obligatæ impositum est, pignoris caussam sequitur, ut quanvis non apud debitorem, sed apud alium, cui area vendita est, impositum sit, pignori tamen obligetur; recteque una cum area quæ cum sua caussa distracta est, a creditore vindicetur. Sic tamen, ut non aliter possessor, si bonæ fidei possessor est, cogatur creditori ædificium restituere, quam sumptus

in extructionem arogatos, quatenus pretiosior res facta est, recipiat, *L. Paulus*, §. *domus, de pign.* Quod ei emptori tributum non est, qui scivit rem alii esse obligatam, quam emebat. Hic enim, cum sciret rem ab alio evinci posse, est quod sibi imputet, si cum posset et deberet diligentius sibi a venditore cavere, non fecerit, *L. cum postulassem*. §. 1. *de damn. infect.* Sed cur hæc in usufructu areæ aut domus constituto secus observantur? Tantum enim abest, ut novo ædificio, areæ cujus ususfructus legatus est imposito, aut alio restituto, hujus quoque ususfructus accedat, ut etiam areæ ususfructus qui ante fuerat, extinguatur, *L. repeti. quib. mod. usus. amit.* Non injuria hoc de usufructu respondetur. Ususfructus enim, non rei interitu, sed mutatione amittitur, *d. L. repeti.* Rei autem mutatio ad formam pertinet, ut si aliam formam et nomen res nacta sit, dicendum sit ejus usumfructum amitti, quia mutata est, etiam si corpus idem, et substantia maneat. Porro, ædificio areæ imposito, non jam area est, sed domus; et cum aliud ædificium restituitur, non id est quod prius fuerat. In pignore vero et cæteris rebus amittendis, res ipsas videlicet naturaliter spectamus, ut quandiu id corpus manebit quod obligatum est pignori, pignus natura manere necesse sit, ob eamque caussam, quicquid deinde ei impositum fuerit, ejus caussam sequatur. Itaque hoc aliter in usufructu receptum est, non naturali rei interpretatione, sed constituto jure. Idque ita constitutum est, quod facilius ususfructus ad proprietatem rediret, ne inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, §. 1. *Insti. de usufr.*

VIII. Posterioris generis sunt ancillarum partus, pecorum fœtus, fructus prædiorum; quæ cum ex rebus obligatis nata sint, omnia pignoris quoque caussam sequi diximus, quanvis de iis specialiter nihil convenerit, *L. Paulus*, §. 1. *L. fidejussor* §. *ult. de pigno.* Quod fit eadem illa ratione scilicet, quam ante exposuimus: quia hæc aliquando, cum in utero essent, ejusdem corporis pars fuerunt, unde ejus quoque rei jus sequuntur. Extat in hanc sententiam titulus in Codice *De partu pignorum.* Sed quod diximus nata teneri, sic Paulus accipiendum esse docet, si ad eum qui obligavit hæredemve ejus, dominium eorum pervenit. *Cæterum*, inquit, *si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata, d. L. Paulus*, §. 1. *de pign.* Quod ait, *si apud alium dominum pepererint*, recte Accursius sic accepit, si et pepererint et apud eundem conceperint. Sic enim fit, ut nunquam debitoris fuisse ea quæ nata sunt, intelligantur. Unde nec pignori esse possunt, ut pote ab eo data cujus in bonis nunquam fuerint. Idque testatur Papinianus in *L.* 1. §. *cum prædium*, hoc *tit. de pign.* Cajus in *L. potior*, §. *si de futuro*, *infr. qui po. in pig.* Quod si animalia apud debitorem conceperint, etiam si vendantur, ac deinde post venditionem apud emptorem pariant, ea quæ nata erunt, pignori futura sunt. Hoc enim modo certum est ea aliquando debitoris fuisse, saltem quo tempore in utero erant; tunc enim ejusdem corporis et substantiæ pars erant, ut diximus. Quod ipsum et de fructibus pendentibus respondetur, *L. fructus de rei vind.* Unde evenit ut, si post res alienetur, et illa in lucem prodeant, una cum sua caussa res alienetur. Et hoc est, sine dubio, quod Ulpianus sensit, etsi non plane expressit in *L. si convenerit*, §. *si fundus, de pignora. action.* cum ait: *Si fundus pignoratus venierit, manere caussam pignoris, quia cum sua caussa pignus transeat, sicut in partu ancillæ qui post venditionem natus est.* Quibus verbis declarat manifeste, loqui se de ea re quæ ante quam venderetur, obligata fuit. Nam quomodo cum sua caussa, id est obligatione et nexu pignoris transire potest, quæ ante obligata non est? Quæ vero nec nata nec concepta sunt apud debitorem, ea a debitore antea obligari qui potuerunt? Hoc loco exoritur dubitatio. Cur enim, si dominium eorum quæ post venditionem nata sunt, ad emptorem pervenit, ea obligata non sunt, cum ex corpore profecta sint, indeque accesserint; ea autem quæ inædificantur, etiam si extruantur, apud emptorem pignori tamen sunt, quanvis ea in dominium debitoris nunquam pervenerint? Et differentiæ ratio illa est, quod ædificium, quandiu constat, areæ cohæret ejusque pars esse intelligitur; ideoque, cum area adhuc obligata sit, quia cum sua caussa transiit, necesse est ædificium quod ei adjungitur, ejus quoque caussam sequi; ab eo enim trahitur. Per consequentiam igitur et accessionem rei hoc fit. Quod autem ex re natum est, nec jam ejus rei pars est nec ei cohæret, quare nec pignori erit. Nam et ædificium si sublatum esset, sola area pignori maneret, non ædificium quod in area non est. Ac de speciali pignoris conventione satis.

IX. Quod ad generalem attinet, hic quoque, quid ea contineatur ex verbis indicandum est. Et certum est, qui res suas pignori dedit generaliter, orationis compendio res omnes, quascunque tunc habet, dixisse intelligi. Erunt igitur omnes tam obligatæ, quam si specialiter singulas enume-

rasset. Nec dubium est quin, si quis adjecerit, et quas habiturus est, eæ quoque omnes quæ post illi obvenerint, verbis contineantur.

X. Sed prima quæstio est, an etiam ea quæ quis postea habiturus est, jure obligare potuerit: de quo inter veteres Jurisconsultos dubitandum est; nec sine caussa. Nam, si specialiter res aliena obligari non potest, ut postea dicemus, ne generaliter quidem videtur obligari posse. Quod tamen tunc fit, cum quis eas obligat quas habiturus est. Tunc enim, cum dat, sunt alienæ. Sed tandem et hæc quoque de rebus futuris conventio recepta est, ut Papinianus testatur in *L. 1. hic. Conventio*, inquit, *generalis in pignore dando bonorum vel postea quæsitorum*, id est etiam postea quæsitorum *recepta est. In speciem autem alienæ rei* non item utiliter conventio conferri potest. Ait ergo, conventionem generalem de pignore bonorum etiam postea quæsitorum receptam esse, eum de rebus jam quæsitis, non dubitaretur quin generaliter obligari possent, sed de postea quæsitis quæ nunc debitoris non essent. Nec ratio differentiæ in obscuro est. Aliena enim res eum specialiter pignori datur, pure datur, quod fieri non potest. Cum autem quis obligat res quas habiturus est, obligat quidem alienas, sed ea conditione, si modo habebit. Hoc enim casu obligatæ erunt, si erunt postea quæsitæ. Quæ si non acquirentur, non erunt pignori. Sic et qui Stichum legat hoc modo: Stichum qui meus erit, cum moriar, hanc conditionem dicere intelligitur, si modo Stichus meus erit, facitque omnino legatum conditionale. Res autem aliena, etiam specialiter sub conditione pignori recte datur, cum mea erit, *L. si fundus §. aliena, hoc tit.* Quo fit ut possit generaliter eadem conditione. Hoc ergo intellecto, res quoque futuras, ac non tantum præsentes obligari posse dubitari non debet, qui utrasque verbis nominatim complexus est, quin ejus omnia bona, quæcunque sunt et undecunque quæsita, pignori futura sint. *L. Paulus, §. ultimo. L. pen. §. ulti. de pignor.* Modo ne alia tamen contineri potemus, quam quæ a debitore quæsita sunt; non etiam quæ, eo mortuo, ab hærede ejus: hoc enim verba conventionis faciunt: quæ habeo, quæque habiturus sum, *d. L. Paulus*, in pr. *tit.*

XI. Quod si quis res suas tantum dixit aut bona sua, quæstionem afferre potuit, utrum de rebus tantum præsentibus senserit, an etiam de iis quas postea acquisiit. Et extat Justiniani constitutio nominatim de hac re scripta, *L. ult. C. quæ res pig. obl. poss.* qua cautum est his verbis: Res meæ: Bona mea, non solum præsentia, sed etiam futura contineri. Cui congruit quod Pomponius in hac servitute Ne luminibus officiatur, scribit ambiguam esse hanc scripturam, utrumne his luminibus officiatur quæ nunc sunt, an etiam iis quæ postea fuerint; humanius tamen esse verbo generali omne lumen significari, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit. *L. si servus, D. de ser. urb. præd.*

XII. Sed quanquam verbis generalis conventionis rerum quas quis habet habiturusve est, omnes continentur; voluntate tamen debitoris, tacite quædam excipiuntur, ut docet Ulpianus, *L. obligatione, D. de pign. Non enim ea continebuntur*, inquit, *quæ verissime est quemquam obligaturum non fuisse*; ut hic, tametsi verba generalia sint, tamen, quia res est quæ ex consensu valet, ratio voluntatis ante omnia habeatur, ne sint eæ res obligatæ, de quibus debitor non senserit. Quarum duo genera ponit: unum earum quas in usu quotidiano aut necessario habet, cujusmodi sunt supellex, vestis et quæ mancipia aut jumenta eodem usu habentur. Alterum earum quæ ad affectionem ejus pertinent, qualis est concubina, filii naturales, alumni. Illa, ut apparet, quia iis debitor carere non potuit; hæc, quia noluit. Quæ omnia, non tantum si postea quæsita fuerint, obligatione non continebuntur, sed ne si ea quidem debitor habuerit, quo tempore paciscebatur, *L. 9. seq.*

XIII. Ex his quæ de conventione haetenus diximus, perspicuum est, nisi quid de pignore dando, vel specialiter vel generaliter convenerit, nullum esse pignus, eoque nullam rem debitoris creditori pignoris jure teneri. Adeo ut Aristo responderit, etiam si sequens creditor ita eum debitore contraxerit, ut ex ea pecunia quam dabit, antecedens cui res aliqua obligata erat, dimitteretur, idque secutum sit; non aliter in jus pignoris succedere, quam si convenerit, ut sibi eadem res obligata esset: neque enim in jus pignoris succedere debere qui ipse nihil convenit de pignore, *L. Aristo, D. quæ res pign. hypot. dat. oblig. pos.* Quod si verum est, non modo non poterit creditor ullam rem debitoris vindicare quæ pignori data non sit, sed ne retinere quidem, si quo casu forte ad eum pervenerit. Quod rescriptis quibusdam aperte demonstratur, *L. si non inducta, C. in quib. caussis pig. vel hyp. tac. cont.*

XIV. Plane exceptio doli mali interdum creditori datur adversus debitorem rem suam petentem, si quod debet paratus non sit solvere. Idque in his causis observatur. Primum, si creditor qui eam rem habet, ad eam rem accipiendam pecuniam impendit, dum pecuniam creditori solvit nomine absentis debitoris, quo eam rem ab illo liberaret, *L. 1.* in prin. *quibus modis pig. vel hypothe. solvat.* Neque hoc in hac causa tantum, sed in omnibus aliis similibus generaliter receptum est, ut qui rem alienam possidet, quod in eam rem bona fide impenderit, id per retentionem ejus rei consequatur. Id quidem certo in omnibus in rem actionibus locum habet, *L. in fundo, L. sumptus*, *D. de rei vind. L. plane*, *D. de petit. hære.* deinde, si propter eam rem quam habet, creditor pecuniam dedit quæ ad debitorem pervenerit, non aliter crediturus. Finge enim procuratorem, citra domini voluntatem, rem ejus pignori dedisse, quod facere non potuit; ac postea creditoris pecuniam in rem domini versam esse: improbe dominus rem suam sibi a creditore reddi postulet, eum pecuniam ob eam rem acceperit eaque utatur, quam is nolit reddere; quippe qui ab alio exigat quod ipse non præstet; de quo extat Severi et Antonini rescriptum in *L. 1. C. si aliena res.* Postremo, et in hac specie per exceptionem doli, sine pignoris conventione, rem debitoris retineri posse a Gordiano rescriptum est, si quis pecuniam accepto pignore crediderit, idem aliam sine pignore dedit. Hoc enim casu, si creditor rem possidebat, non tantum in eam summam in quam pignus ab initio datum est, retineri potest; sed etiam in eam quæ sine pignore data est, quæ chirographaria dicitur, ob id quod chirographo tantum cavetur, ad differentiam ejus quæ pignore cauta est. Extat titulus in Codice in hæc verba. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse.* Quod rescriptum tunc locum habere videtur, cum primo pecunia credita est in quam pignus datum est, mox alia pecunia sine pignore. Cæterum, si eodem tempore plures summæ creditæ fuerunt, et nominatim convenit ut in unam aliquam res pignori esset, dicendum est, soluta ea summa in quam pignus obstrictum est, pigneratitiam competere; idque Ulpianus respondit *L. solutum*, §. *si in sortem*, *D. de pig. acti.* Nam qui, cum sciret plures esse summas, in unam pignus obligavit, cæteras excepisse videtur. Hæ sunt quidem caussæ in quibus res debitoris retineri per exceptionem possit. Sed non fieri id pignoris jure, verum ex exceptione tantum quæ debitori dolo facienti opponatur, judicio erit quod, si alii creditores quibus eadem res pignori sit, rem vindicent, nullam hoc casu adversus eos retentionem possessor, idemque creditor sit habiturus, *L. unica.* in fine *C. etiam ob chirogr. pec.* Unde intelligitur quam illud verum sit quod posuimus, ubi de pignore non convenerit, rem jure pignoris teneri non posse. Sed conventio sola non sufficit.

XV. Ad pignoris obligationem etiam is requiritur qui rem jure potuit obligare, item res quæ possit obligari. Nam neque omnes res pignori dari possunt, neque a quibuslibet. Id, etsi ad universi generis quæstionem de jure cujusque in rebus transferendis, deque rebus quæ in commerciis hominum sunt, pertinere maxime intelligo; tamen, quia pleraque sunt in hoc genere pignorum propria, et ad varios juris locos qui in hac quæstione nonnullam lucem desiderant, intelligendos pertinet; quid de his quoque tenendum sit, id est qui quas res obligare possint, dicendum est.

## CAP. VII.

### Quæ res, a quibus obligari possint.

*Rem pignori obligare potest dominus, aut alius ejus voluntate et mandato.* I.
*Ideo et procurator, si tamen dominus in ea re idem esset facturus.* II.
*Item servus et filiusfamilias, cum agunt rem peculiarem.* III.
*Item actor civitatis, si in rem civitatis id faciat.* IV.
*Immo et sine mandato, alius a domino rem hujus pignori recte obligat, si ipse ratum habeat.* V.
*Potest et ille obligare rem pignori qui pro domino habetur; ideoque tutor et curator; et hi quatenus.* VI.
*Nec ipse dominus rem suam pignori recte obligat, si ei bonis est interdictum.* VII.
*Pignori obligari nequeunt res sacræ, res sanctæ et religiosæ, aut homo liber.* VIII.
*Item alienæ.* IX.
*An rei alienæ pignus, dominio postea debitori quæsito, convalescat; et quando directa sit in rem actio creditori.* X. XI.
*Et quando utilis.* XII. XIII.
*Contrariis occurritur.* XIV. XV. XVI.
*Et quando ejus rei sit possidenti creditori retentio, et adversus quem.* XVII.
*Exponitur* L. cum vitiose 25. D. de pignor. et hypothec. XVIII.
*An, cum pignori danti rem alienam debitori heres extitit illius rei dominus, teneatur hic creditori pigneratitia utili vel contraria.* XIX.
*Exponitur* L. si Titio. 22. D. de pign. et hypoth. XX.

I. Si verum est, quod regula juris traditur, neminem plus juris in alium transferre quam ipse habeat, *L. nemo, de reg. jur.* consentaneum est, neminem aliam rem pignori obligare posse quam qui de ea re jure suo statuere potest. Recte igitur edicto de Serviana actione cautum est, ut is solus rem pignori obligare possit, cujus in bonis res fuerit, *L. qui prædium, C. si alie. res pig. data sit.* Quod tamen si verum est, etiam ex voluntate ejus alius dare poterit, quamvis in bonis ejus non fuerit. Nam cum domini voluntatem et factum exigimus, nihil interest ipse dominus fecerit, an alius ejus voluntate, *L. solutum, §. solutam, de pig. actio. L. restituta, ad Trebell.*

II. Cui jam illa consequentia sunt, ut procurator rem domini recte pignori obliget, sive ei specialiter hoc mandatum est, ut faceret, sive universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, *L. solutum, §. ulti. cum L. seq. D. de pignor. act.* Nam cui generaliter de omnibus rebus mandatum est, perinde est quasi ei de singulis specialiter mandatum esset, modo ea res sit, quam dominus esset facturus. Neque enim generali oratione concedere videtur dominus quod specialiter non permitteret, nec specialiter id permitteret quod ipse non faceret. Unde recte addidimus ab eo procuratore rem obligari, cui administratio concessa est, si modo is esset dominus qui pecunias eodem modo accipere soleret.

III. Hac ratione et servus et filiusfamilias, quibus libera peculii administratio concessa est, rem peculiarem recte dabunt, quamvis domini sit, aut patris. Ex ea enim potestate id faciunt, quam a dominis acceperunt, *L. si convenerit, §. ult. cum L. seq. D. de pign. actio.* Quod sic accipiendum est, si modo ea faciant, quæ ad administrationem pertinebunt; id est si rem peculiarem gerant, *L. 1. §. 1. infra, D. quæ res pig. obl. poss.*

IV. Hac ratione actor civitatis, qui reipub. bona jure administrat (administrat autem jure qui ab omnibus decurionibus, aut majoris partis decreto datus est) *L. 3. quod cujusque univer. no.* si mutuam pecuniam pro civitate accipiat, rem ejus recte obligat, *L. si is qui,* in prin. *D. de pign.* Nempe ex civitatis ejusdemque dominæ voluntate. Rebus enim publicis dum præficitur, generaliter ei omnia permitti intelliguntur, quæ ad remp. et administrationem rerum ad eam pertinentium spectant. Unde adjeci, si mutuam pecuniam pro ea accipiat; id est, si in rem civitatis id faciat.

V. Sed etsi, domino ignorante nec mandante res pignori data sit; si tamen post ratum habuerit, pignus valebit, *L. alienam D. de pig.* Quo casu observandum erit quod Martianus scribit, hoc ipso quod dominus

ratum habet, voluisse eum retro recurrere ad illud tempus quo convenit, *L. si fundus*, §. 1. *de pig*: Huc referri debet responsum Ulpiani in *L. si inter*, *D.* de pigno. *Si inter colonum*, inquit, *et procuratorem meum convenerit de pignore, vel ratam habente me conventionem, vel mandante, quasi inter me et colonum meum convenisse videtur*. Sentit Ulpianus inter colonum, et procuratorem convenisse, non de pignore mihi dando a colono (neque enim actionem mihi procurator meus, id est libera persona, acquirere potuit, vel authore Paulo in *L. solutum*, §. *liberam*, *de pig. act.*) sed de re mea pignori danda colono meo ad cautionem earum rerum quas illi ex conducto præstare debeo; ut sit dubitatio, an si ego eam procuratoris mei conventionem postea ratam habuero, perinde haberi debeat quasi inter me et colonum convenisset. Nam si convenisset, statim res illi esset obligata mea voluntate. Et ait Ulpianus, quasi inter me et colonum videri convenisse.

VI. Pro domino autem habentur tutores, itemque curatores, quibus in caussis pupilli et minorum res gerunt, *L. qui tutelam*, *D. de admin. tut.* Quo fit ut tutor, quod lege refragante non fiat. (nam legibus nec res immobiles, nec mobiles quæ servando servari possunt, sine decreto alienari obligarive possunt) *L. lex*, *quæ tutores*, *C. de admi. tut.* si in rem pupilli pecuniam scipiat (hoc enim modo pupilli rem gerit) rem pupilli utiliter det pignori. Idemque in curatore adolescentis vel furiosi dicendum est, *L. tutor D. de pig. actio.*

VII. Illi quidem domini hoc loco excipiendi sunt, quibus rem alienare non licet. In universum enim prohibita rei alienatione, etiam pignoris datio prohibita intelligitur, quoniam ex hac re illud sequitur, *L. ult. C. de rebus alien. non alie.* Omnibus autem rerum alienatione interdictum est qui in aliena potestate sunt, nisi eorum authoritas accesserit quorum sunt in potestate. Ideo enim alii adhibentur a quibus regantur, ut sicubi opus sit, illi fiant authores.

VIII. Cum jus ejusmodi sit, ut res ab eo cujus in bonis non est, sine domini aut ejus qui pro domino habeatur, voluntate obligari non possit, perspicuum est inutiliter obligari, primum eas quæ nullius in bonis sunt, cujus generis sunt sacræ, religiosæ, liber homo, *L.* 3. *L. qui filios*, *C. quæ res pig. obl. poss.*

IX. Proximo loco, quæ in bonis quidem sunt, sed non in obligantis bonis, id est alienas. Ac superioris quidem generis res sic inutiliter pignori dantur, ut quanvis res sacra, profana, aut publica, privata, aut ex libero servus factus sit, nihilo secius tamen convalescat pignus; quia de ea re pactio interposita sit, cujus rei commercium omnino non erat, *argum. L. inter*, §. *sacram*, *de ver. ob.* §. 1. *instit. de inut. stip.*

X. Quod autem ad res alienas attinet, sane quidem, quandiu in eadem conditione sunt, non obligari eas constat. Sed quoniam non sunt res ejusmodi, quarum commercium nullum sit, ut de iis pacisci nullo modo licuerit; hoc loco quæsitum est, si forte conditio mutata sit ut debitor alienæ rei dominus esse inciperet, an, quia res in eam caussam redit a qua incipere poterat, confirmetur pignus, dandaque sit creditori ejus rei persecutio. De qua re non parva quæstio est. Nam si illud solum impediebat quo minus res vindicari posset, quod aliena pignori data erat, hoc jam impedimentum sublatum est. Quod si ad pignoris obligationem hæc solum requiruntur, ut et de pignore convenerit, et res quæ datur, sit in bonis obligantis; hæc omnia jam occurrunt, postquam dominium debitori quæsitum est. Rursum hæc impedire videntur: Primum, quod regula juris traditum est, quod ab initio non valuit, tractu temporis non convalescere. Deinde, quod jus de Serviana actione ita constitutum est, ut rem oporteat in bonis ejus esse, qui eam obligat, si quidem recte constitutum pignus velimus. Diocletianus et Maximianus Imperatores sub *tit. si res aliena*, *L. quæ prædium*. *Quæ prædium*, ajunt, *in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori, se magis pignoratitio contrario obligat judicio, quam quicquam dominis nocent; cum et Serviana actio declaret evidenter jure pignoris rem teneri non posse, nisi quæ obligantis in bon's fuerit.* Unde et Cajus testatur vulgo dici, *creditorem*, qui quasi Serviana agit, *probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse*, *L. Et quæ nondum*, §. 1. *de pign.*

XI. In hac re sic habendum est: Si res aliqua sub conditione detur, si debitoris facta sit; utiliter dari, ad hoc ut, dominio debitori quæsito ex conditione, creditori obligetur, *L. si fundus*, §. *aliena*, *de pig.* Hoc enim modo, qui rem obligat, non tam alienam obligat quam suam; quia hac conditione obligat, cum sua erit. Et omnino ut rem nostram stipulari non possumus, quia jam satis nostra est, eandem tamen sub conditione recte stipulamur, *L. si rem meam*, *de verb.*

*obl.* Sic cum rem alienam pignori dare non possumus, quia nostra non est; eandem tamen sub conditione recte dabimus, si nostra erit, quia conditio in id tempus confertur, quo nostra futura est. Quam ob caussam conventio generalis in pignore rerum postea quæsitarum recepta est, ut ante diximus; quia in his rebus dandis hæc conditio inest, cum quæsitæ fuerint. Hinc etiam dicimus, et quæ nondum sunt futura, tamen sunt, hypothecæ dari posse: puta, ut fructus pendentes, partus ancillæ, fœtus pecorum, et ea quæ nascuntur, sint hypothecæ obligata, *L. et quæ nondum, D. de pignor.* In his enim dandis inest tempus, cum nata fuerint, *L. interdum de verb. obl.* quod tempus, cum incertum sit, conditionem habet. Idem dicemus, si res ei qui pignus dabat, fuit debita, *L.* 1. in prin. *de pig.* *L.* 3. §. 1. *inf. qui pot. in pig. hab.* Qui enim rem sibi debitam pignori dat, hoc animo dare intelligitur, ut tunc pignori sit, cum ipsi data fuerit; ideo, quia sibi brevi acquisitum iri sperat. Sic ex spe quam in ea jam constitutam debitor habet, animus ejus et conditio intelligitur.

XII. Si nihil horum erit, certum est, hoc jure posito quod diximus, rem jure pignoris teneri non posse, nisi quæ obligantis in bonis fuit; re aliena pignori data, ordinariam actionem, id est directam quæ ex his verbis edicti proficiscatur, creditori non competere, quanvis res illi postea quæsita fuerit. Idque aperte eorundem Imp. Diocletiani et Maximiani rescripto declaratur sub eodem titulo Codicis, *Si aliena res.* Verba rescripti hæc sunt: *Cum res quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem non competere manifestum est*, et quæ sequuntur. Hoc sensu accipiendum est illud, quod vulgo traditum esse Cajus docet, *creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, d. L. ea quæ* §. 1. Cum directa, inquam, actione hypothecaria agit, intenditque sibi rem pignori obligatam esse, hoc probare debet. Hoc enim qui ipsa agit dicere intelligitur, sibi rem ab eo pignori datam, qui jus dandi habebat, qui pignori rem datam intendit, itaque etiam probare debet.

XIII. Sed an utilis detur videamus. Et eodem illo rescripto Diocletiani et Maximiani additum est, *ordinariam quidem non competere, sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignorativæ actionis detur.* Ex quo rescripto hæc distinctio inducitur, ut si creditor ignoravit esse alienam quæ pignori dabatur, dominio debitori postea quæsito, utilis detur persecutio; sin scivit alienam esse, non detur. Quæ distinctio ex eo colligitur, quod ait rescriptum, exemplo pignoratitiæ actionis utilem persecutionem dari. Cum enim res aliena pignori data est, creditori decepto adversus debitorem pignoratitia contraria datur, ut quia ea res frustra obligata est, alia non minus idonea substituatur. Hæc autem actio ei qui ignoravit alienam, competit, *L. tutor,* §. 1. *de pignor. act.* Hoc exemplo, cum utilis persecutio in rem hoc casu detur, eadem distinctione nimirum dabitur. Hoc sensit Papinianus vide, licet cum ita scribit, *L.* 1. in prin. *D. de pig.* In *speciem autem alienæ rei collata conventione*, id est, cum res aliena specialiter pignori data est, *si non fuerit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienam, utilis actio dabitur, sed facilior erit creditori possidenti retentio.* Hoc dicit, ei qui ignoravit alienam, facile utilem persecutionem dari; ei vero qui non ignoravit, difficilius. Quod ait *difficilius*, comparativus pro positivo positus est, augendæ difficultatis caussa; ut sit difficile dabitur, id est judicio meo non dabitur. Quam sententiam esse Papiniani in his verbis atque hoc loco, minus dubitavit qui ejus aliud responsum legerit, cujus initium est *Nonnunquam*, sub titulo *de coll. bon.* in quo ille a filio, *post annum quam delata est bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere difficilius* esse ait, cum hoc intelligere eum constet non esse admittendam. Sic enim Jurisconsulti solent, cum de re non usque adeo explorata et certa, sententiam suam exprimere volunt, ut non certo et asseveranter ita esse pronuntient, sed sententiam suam timide, ac veluti dubitantium more proponant, ut etiam si aliud aliis videri queat, tamen ipsi in hanc aut illam partem inclinare se ostendant. Itaque Theophilus in §. *responsa, Instit. de Jure nat.* responsum dividi ait in sententiam, et opinionem, ut sit sententia, perfecta et indubitata responsio; veluti hoc facere licet, hoc facere non licet; opinio vero sit suspensa et timida, ac veluti cum dubitatione elata responsio; ut existimo hoc fieri licere, existimo hoc fieri non licere. De quo respondendi more, qui plura nosse volet, habet unde petat, in *lib.* 2. *anniversar. quæstion. Francisci* Duareni nostri caput 11. longe utilissimum.

XIV. Quod si quis est qui putet hæc verba *difficilius creditori qui non ignoravit alienam, utilis persecutio dabitur*, ita esse accipienda, ut velit Papinianus difficile qui-

dem, utilem actionem dari, sed tamen dari, licet ægre is hoc concedit utrique actionem dari, et creditori qui ignoravit allenam, et ei qui non ignoravit, Quod primum est contra sententiam Papiniani qui hos distinguit, deinde contra id quod diserte eo rescripto continetur, cujus supra mentionem feci, quo actio in rem ad exemplum pignoratitiæ actionis datur. Nam quomodo ei creditori, qui non ignoravit alienam, utilis persecutio ad exemplum pignoratitiæ datur, cum ei pignoratitia contraria non detur? Jam hoc quem sensum habet, si modo hoc Papinianus diceret, difficilius quidem ei dari? Si, nemine repugnante, hæc actio datur ex sententia Papiniani, id est ex jure (nam contra jus Papinianus non daret) quomodo tandem difficile datur? Nisi forte hoc intelligit Papinianus, prætorem rogatum ut det, recusare posse primo, sed illi instari debere; et si institum fuerit, ad extremum illi debere concedere; quod est ridiculum. Quod enim ex jure aliquando concedi debet, id statim concedendum est, non differendum, quia boni viri personam magistratus sustinet; cujus non est in munere publico, jus cui reddendo publice præest, sine causa denegare, aut si ex caussa denegavit, id aliquando reddere. Necesse est enim, quod juste negaveris, si postea concedas, id te injuste concedere. Postremo, ut cætera nos responsa et rescripta in hac re deficiant, tamen facile hæc sententia authoritate juris defenditur, certo, ut mihi quidem videtur, argumento. Facilius enim pignoratitia contraria actio creditori adversus debitorem datur, quam pignoris persecutio in re aliena nascitur. Nam debitor seipsum conventione sua obligare potuit, ut quamvis res aliena esset, tamen ipse conventione sua teneretur; rem alienam pignori obligare non potuit, Quod si fecisset, non tantum adversus se, sed etiam adversus quoscunque possessores actionem pignoris persequendi constituisset. Plus est igitur actione in rem uti, quam pignoratitia, Id si est, cui dubium esse potest, cui pignoratitia in personam quæ se obligare potuit sua voluntate non datur, quin ei in rem actio non detur; quæ res non potuit obligari, præsertim cum in rem actio adversus possessores detur, in quos debitor nihil juris habet? Quapropter dubitari non debet quin Papinianus, cum ait, *difficilius creditori qui non ignoravit, utilem actionem dari*, hoc sentiat, non facile dari, id est omnino non dari, nisi quæ magna caussa afferatur quæ suadeat esse dandam. Quod fieri potest, si nominatim id convenerit, aut appareat debitorem creditoremque id sensisse. Sed, cum ea nulla sit in eo qui nihil tale pactus est, et rem alienam non ignoravit, si nihil aliud proponatur, huic sane non dabitur.

XV. Habes juris minime, ut videtur, incerti distinctionem, Cui tamen adversari videtur responsum Pauli sub *tit. de pig. actio.* quod est ejusmodi: *Rem alienam mihi pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse cœpisti; datur utilis actio pignoratitia creditori.* Nihil hic Paulus distinxit, sciretne creditor alienam esse, an ignoraret, sine distinctione respondit, utilem esse dandam, si ejus rei debitor dominus esse cœpisset. Sed, etsi hæc verba generalia sunt; tamen ex ea ratione quam in extremo capite reddit, quem creditorem intelligat adversus debitorem esse tuendum, facile ostendit. Nam, cum prius dixisset, potius hoc casu, cum res debitori quæsita est, quam cum dominus rei debitori successit, creditori actionem dari, mirum hoc videri non debere ad extremum ostendere conatus est, hac ratione; quod cum dominus rei debitori successit, nihil est quod ei objici possit, cur rem vindicari non patiatur. *Sed si convenisset*, inquit, *de pignore ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.* Hæc ratio in eo debitore tantum locum habet, qui creditori rem alienam ignoranti dedit. Solus enim hic ex mendacio suo argui potest, qui adversarium ignorantem mendacio suo læsit; non is qui rem pignori dixit tanquam suam, apud eum qui id falsum esse scivit, ut de eo responsum est qui [illegible] liti obtulit, quod se possessorem diceret esse, cum adversarius id non ignoraret, *L. qui se obtulit, de pet. hered.* Quamobrem etiam illius loci sententia cum hac distinctione convenit.

XVI. Sed sive utrique actionem utilem dixerimus dari, sive alteri tantum: tamen quo minus in totum detur, regula juris videtur esse impedimento, qua efficitur ut quod initio vitiosum sit, tractu temporis non convalescat, *L. quod initio, de regul. jur.* hic res aliena ab initio pignori data est; non debet igitur ex post facto pignoris persecutio dari, quamvis res aliena debitori postea acquisita fuerit. Nec ad rem pertinet, quud impedimentum sublatum est, quo fiebat ne res pignori dari possit, ut quidam volunt. Nam regula juris eo pertinet, ut intelligatur, cum quid, re aliqua prohibente, initio non valuit, etiam si id impedimentum sublatum sit, non convalescere. Unde si rem nostram aut publicam stipulati simus, quod fit inutiliter quamvis ea res aliena, aut cum publica esset privata facta sit, non tamen confirmatur sti-

pulatio, *L. inter §. sacram de verb. oblig.* Ego puto eum qui rem alienam ignoranti dedit, tacita quadam conventione dedisse, ut tum pignori esset eum debitoris facta esset, non item eum qui scienti dedit. Et ideo illic ex conventione pignus valere, non tempore convalescere, hic nullo modo. Neque hæc interpretatio aperte ex verbis colligitur, ut quis dicat ordinariam hic actionem sine dubitatione dandam, sed ex jure interpretatio sumitur. Nam qui rem alienam ignoranti dat, obligat se pignoratitia contraria actione, ut id pignus præstet, unde et de eo convenisse intelligitur; actio enim hic in personam est, quæ ex conventione nascitur. Non item autem obligat se is qui rem alienam non ignoranti dedit. Neque vero novum est, in re obscura contrahentium ex jure sumi id quod agi videtur, *L. 6. de solution.*

XVII. In casibus tamen in quibus diximus pignus non ita convalescere, ut creditori utilis persecutio detur, faciliorem fore, ait Papinianus, possidenti retentionem. Nam, cum debitor pactus sit ut ea res, quæcunque esset, apud creditorem esset, dolo facere eum, ut et omnes qui quid contra pactum petant, negari non potest, *L. 2. §. item quæritur, D. de excep. doli.* Igitur, doli mali exceptione opposita, retinebitur. Verum hæc exceptio debitori tantum rem petenti nocebit. Si eadem res aliis creditoribus ab eodem debitore pignori data erit, iis etiam rem vindicantibus non nocebit. De auctoris enim dolo exceptio successori non nocet in caussa non lucrativa, *L. apud Celsum. §. de auctoris, et §. auctoris. de doli excep.* Et ideo faciliorem ait fore possidenti exceptionem quam actionem, ut intelligatur exceptionem saltem adversus debitorem dari, cum actio non detur. Quod ipsum quoque argumento est, ne adversus debitorem quidem, actionem in rem dari ei qui alienam non ignoravit, ut antea ostendimus.

XVIII. Sed quod ait Papinianus, *ei qui non ignoravit alienam, dominio debitori postea quæsito, rei obligatæ retentionem dari*, contrarium videri potest ei quod Modestinus sub hoc titulo scribit, ubi ita definit: *cum vitiose, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locum non esse, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant, L. cum vitiose, D. h. tit.* Cum autem creditor alienam scivit, ibi vitiose contractum pignoris intercessisse ex eo plusquam manifestum est, quod nec dominio postea debitori quæsito, actio utilis creditori datur, ut diximus. Si dicemus, quod Bartolo videtur, ideo hic retentionem dari, quia vitium purgatum est, ridebimur. Quasi vero, cum quid vitiose contractum est, Modestinus intellexerit non esse retentioni locum, si vitium adhuc maneret, (quod monere stulti erat scriptoris, quia id nemo unquam aliter existimare posset) ac non potius id senserit, non esse in totum retentioni locum, etiam si impedimentum remotum esset, de quo solo ambigi potuit. Et sane sic regula juris est, ut quod ab initio non valuit, tempore non confirmetur, ne ad retentionem quidem. Intelligendum est igitur tum definitioni Modestini locum esse, cum plane vitiose et inutiliter de pignore convenit, sic ut nullius momenti fuerit conventio. Finge, cum mihi aut Titio promissum esset, debitorem Titio cui nihil debetur, rem pignori dedisse. Finge rem sacram, aut religiosam, datam esse. Quamvis aut illic Titius mihi successerit, aut hic res sacra, profana et debitoris esse cœperit, pignoris retentio creditori non dabitur, scilicet quia nec de re sacra convenire potuit ut pignori esset, quod conventio contra bonos mores sit nec convenire ut ei res teneatur, cui nihil debetur, quia contra naturam sit; ut sit accessio sine ea re cujus accessio est. At cum res aliena est, etsi ea conventione pignori dari non potest, tamen quo minus id conveniat, ut quandiu pecunia debetur, ea apud creditorem sit, nec ipse illi controversiam faciat, nihil est impedimento; quia et creditori pecunia debetur, et de re aliena ita cavere nihil prohibet. Hic enim debitor de seipso cavere intelligitur, ne si quid forte juris in ea re nactus sit, creditori controversiam faciat. Ita fit ut persecutio creditori non detur, quia pignus non est; retentio vero possidenti detur propter conventionem.

XIX. Sed redeo ad actionem quæ, re aliena pignori data, creditori ex eventu interdum datur; quod tunc accidit, cum dominium debitori quæsitum est, saltem tunc cum creditor rem alienam esse ignoravit. Quo posito, ex re ipsa alia incidit quæstio, putemusne idem dicendum esse, si rei dominus debitori hæres extiterit. Movet quæstionem rei similitudo. Ut enim, cum dominium debitori quæsitum est, ideo actio creditori datur, quia debitor dominus rei esse cœpit; ita posteriore casu fit ut idem dominus rei obligatæ et debitor esse incipiat. Et Paulus respondit, hic non idem esse dicendum, quia non sufficiat ad competendam utilem actionem eundem esse dominum qui pecuniam debet, *L. rem alienam, D. de pignor. act.* Nimirum tertium requiritur, ut dominus de pignore convenerit, quod priore casu fit, cum debitor is qui de pignore convenerat, domi-

nus esse cœpit; posteriore non item. Decessor enim aliquando convenit, sed is dominus non fuit; heres qui debitori successit, dominus quidem est, cæterum de pignore nihil pactus est, nec est quod ei possit objici, qui ipse de re nihil convenit. Nec dices rei dominum debitoris hæredem esse, hæredem porro, in re sua, factum decessoris suis approbare debere cui successit, perinde ac si ipse convenisset; ut de re aliena vendita ab eo cui dominus rei postea successit, rescriptum est *L. cum a matre, C. de rei vend.* Non enim negari potest quin, in hac quoque specie, hæres decessoris factum probare debeat; eumque hoc nomine pignoratitia contraria teneri certum est, ut pignus confirmare cogatur eodem jure quo defunctus, qui et ipse eadem actione teneretur. Qui enim in jus dominiumque alterius succedunt, eodem jure uti debent, *L. qui in jus, de reg. jur.* Eodemque modo, et in re a defuncto vendita, hæres actione ex empto teneretur. Sed nego pignus per se convalescere, ut utitis persecutio creditori detur, quia nec ante pignus fuit. Absurdum est autem, ex persona defuncti, hæredem alio jure uti quam quod apud decessorem valuerit.

XX. Hoc ego sensu, non dubito quin Modestini responsum accipiendum sit de hac specie, quod sub hoc titulo de pignoribus legitur in hæc verba *L. si Titio. Si Titio qui rem meam, ignorante me, creditori meo obligaverat, hæres extitero, ex post facto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Pignoratitiæ utilis verbo pignoratitiam contrariam intelligit, quæ adversus hæredem dabitur, ut rem cujus dominus est, pignori nunc det, quæ jam olim ab ejus decessore obligata est. Nunc enim potest. Quod si facit (hoc vero cogitur, nisi malit eo nomine condemnari), alia via consequitur creditor ut pignus habeat, quod directo non convaluit. Cur sic eum accipere putem, non autem utilem actionem in rem intelligere, hæc sunt quæ me movent. Primum, quod Paulus, cujus sententiam supra retulimus, negat omnem persecutionem pignoris, etiam quæ, ex æquo et bono utilitatis caussa datur, hoc casu competere. De ea enim loquitur, cum ait, si debitor dominus esse cœperit, utilem pignoratitiam creditori dari. Nam aliam hoc casu non competere constat, *D. cum rei, C. si aliena res.* Ratio Pauli præterea qua ille in illo capite superiore utitur, quæ ne id in hac specie respondeamus, suadet. Postremo, ipsa adeo responsi Modestini verba, quæ aliter accipi posse non videntur. Ait enim Modestinus, ex post facto pignus directo non convalescere, quod nihil aliud est, nisi in rem actionem de pignore nullam dari, ne utilem quidem. Aliud est enim directam actionem dari de pignore, aliud pignus directo convalescere. Quæcunque actio in rem dabitur, quanvis utilis, pignus directo convalescit. Directo enim ea valent, quæ per se ipsa valent jure, neque in eo aliena hominis opera, et facto indigent. Non directo, quæ ut sint, ab aliis accipiunt; ut puta, libertas directo datur, cum testator non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult. Cum vero jubetur sic liber esse, ut libertatem ab hærede accipiat, dicitur dari non directo, § *ul. inst. de sing. reb. per fideicom. reli.* Sic in pignore, si creditor pignus vindicare poterit, quanvis invito hærede, quæcunque illi actio in id dabitur, quanvis non directa, sed utilis; pignus tamen directo convalescet, quia recta id petetur, neque expectabitur ut prius ab hærede imponatur. Quod si ab hærede prius id accipietur, quam ad rem actio in personam contraria competit; tunc demum inciperet vere dici, non directo pignus convalescere, quod nunc quærimus.

## CAP. VIII.

### An in omnibus rebus quæ in bonis sunt, pignoris obligatio consistat.

*Res omnes pignori obligari quæ sunt in bonis, et quæ ita esse intelligantur.* I.
*Illarum genera quatuor, et quæ.* II. III. IV.
*A superiori definitione quæ excipiantur.* V. VI. VII. IX.
*Explicatur J. C. Pauli locus in* L. sed an viæ 12. D. de pign. et hypoth. VIII.
*Ut res aliqua recte sit data pignori, sufficit eam fuisse in bonis cum de pignore conveniebat.* X.
*Interpretatio* L. si superatus 3. D. de pign. et hypothec. XI.
*Cujus rei commercium non est, nec pignus esse.* XII.
*Exponitur* L. in quorum 24. D. de pignor. et hypoth. XIII.

I. Rem quæ in bonis nostris non esset, pignori non posse obligari, diximus. An omnes quæ in bonis sunt, obligari possint videndum est. Et receptum est ut omnes possint, neque exigitur ut in dominio nostro sint; scilicet ut quantum quisque juris in re quaque obtinenda habet, tantum in alium recte transferat. Nam et eadem recte vendi possunt, *L. sed et Celsus, D. de contrahend. empt.* Unde hæc quoque regula de iis rebus quæ pignori dari possunt, tradita est: quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem posse recipere, *L. 9. hic, de pignor.* Res in bonis intelligimur habere, quoties possidentes, exceptionem, aut amittentes, ad recuperandas eas actionem habemus, *L. rem in bonis, de acquir. rer. domi.*

II. Earum plura sunt genera, quæ singula pignori dari posse specialiter suis titulis in Codice traditum est. Primum genus est earum rerum quæ vere dominii nostri sunt, de quibus transferendis nemo dubitat. Alterum est earum, quarum quasi domini sumus, et de quibus nobis tanquam dominis Prætor accommodat actionem. Quo in genere sunt vectigalia prædia, et superficiaria, de quibus in Titulo *Si ager vectigalis vel emphyteuticarius petatur*, et tit. *De superficiebus.* Item, quæ bona fide a non domino emimus vel ex alia justa caussa tradita accepimus; de quibus Publiciana in rem competit, §. *sed isto Inst. de act.* Ergo et vectigale prædium pignori dari potest, et superficiarium, sic tamen ut, quoniam tamdiu actiones utiles de iis competunt, quamdiu vectigal solarium quod pro iis debetur domino solvatur, potior sit caussa domini soli, si non solvatur ei solarium, *L. tutor*, §. *ulti.* cum *L. seq. de pignor. act. L. grege;* §. *et in superficiariis, L. lex vectigali, de pig. L etiam, infra qui pot. in pig.* Eodem modo, si ab eo qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori rem accepi, sic tuebitur me per Servianam Prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam, *L. si ab eo. D. de pignor.*

III. Tertium est genus earum, quarum neque domini sumus neque quasi domini, cujus generis sunt quæ pignori sunt obligatæ; utpote quarum nomine actionem in rem habemus edicto Prætoris comparatam, et tamen a nobis, quolibet nomine debitoris nobis pecuniam solvente, avocari possunt. Inde rem quoque pignoratam pignori dari posse placuit, ut quandiu pignus in persona ejus cui primo datum est, perseverat, tandiu pignus secundo creditori teneatur, et tam exceptio quam actio utilis ei detur; quia primo hæc omnia tribuerentur, qui jus suum in secundum recte transfert, modo nequid amplius. Proinde si dominus is qui pignori rem primo dedit, secundo creditori solverit, eveniet eodem tempore ut pignus ab utroque creditore liberetur; a secundo, quia ei satisfactum est; a primo quia, voluntate ejus et nomine, secundo satisfactum est: nihilque interest utrum creditori solutum sit, an alii voluntate ejus. Hæc Martianus ad formulam hypothecariam scribit in *L. grege.* §. *cum pignori, D. de pign.* De quo etiam extat titulus in *C. Si pignus pignori datum sit.* Sed quoniam secundo creditori solvi posse Martianus dixerat, quo fieret ut pignus prius liberaretur; per occasionem eodem in loco tractat, si forte nummi secundo illi soluti sint, quo jure ii apud eum futuri sint, an ut illius fiant, et sic debitor in totum liberetur ab utroque; an vero ut sint apud eum tantum pignoris loco, in prius pignus videlicet suffecti. Hoc est enim quod quærit illis verbis: *Sed potest dubitari, nunquid creditori nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit.* Creditorem intelligit se-

cundum; nam de eo loquitur, cui pignus pignori datum est, qui secundus est creditor; utilem actionem vero hypothecariam, ut prius: *tam exceptio, quam utilis actio ei danda est.* Nam utilem in personam adversus debitorem dicere ad pecuniam exigendam non convenit; illa enim de nummis nondum solutis competit, Martianus autem de nummis jam solutis agit, nisi forte solutorum interpretamur, ut Accursius, id est solvendorum. In quo id agere videtur ut nos rideat qui quod præteriit, de eo quod futurum est, interpretatur. Hoc igitur, ut dixi, quærit per occasionem Jurisconsultus, cum nummi soluti erunt, an illi pignoris tantum loco apud creditorem erunt; ut illi hypothecaria tantum detur, non vindicatio, tanquam domino. Et cur id dubitari possit statim subjungit: *Quid enim,* inquit, *si res soluta fuerit?* quasi diceret; non sine caussa id dubitari potest, nummis solutis. Nam, si res, id est species, ut postea explicat, soluta esset, ea non creditoris efficeretur, sed apud eum pignoris loco esset potius. Et cum eadem omnino quæstio esset, cum nomen debitoris pignori secundo creditori datum est, et primus debitor secundo creditori solvit, extaret autem Pomponii in nomine pignori dato distinctio; Martianus Pomponii distinctionem in eo genere subjecit, ut quod illic dictum erat a Pomponio, hic responsum intelligeretur, ubi eadem solutio est, quæ a primo debitore in secundum creditorem confertur. Ait igitur: *Siquidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea, creditorem,* secundum intellige, *secum pensuturum.* Unde intelligitur quod de nummis solutis quæsitum est, utilem actionem Servis nam eorum nomine non dari, tanquam de pignore; sed nummos ejus fieri sic, ut eos jam cum suo debitore eodemque creditore compensare debeat. Si vero corpus is debuerit, cujus nomen aut pignus pignori datum est, et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. Unde intelligitur utilem ei actionem hoc casu dandam.

IV. Postremum bonorum genus est earum rerum quæ sunt in actionibus, persequutionibus, id est nomina debitorum nostrorum. Quare et nomen quoque pignori dari posse receptum est; non ut is cui datum erit, utili Serviana quidquam vindicare possit, quia in nomine nihil hujusmodi est; sed ut iisdem actionibus utilibus utatur adversus debitorem, quibus experiretur suo nomine is qui nomen pignori dedit. Sic prætor, et creditorem in exigenda pecunia, et debitorem adversus eum qui nomen pignori dedit, tuebitur. Quod si quid secundo creditori solutum erit, quo jure id apud eum futurum sit jam dictum est, *L. convenerit, D. de pign. act. L. nomen, C. quæ res pig. obl. poss.*

V. Quædam tamen res, vel natura vel juris ratione excipiuntur, quod minus pignori esse possint. Ac de servitutibus, juris alioqui nostri rebus et quarum nomine actiones in rem nobis competunt, an pignori dari possent quæsitum est. Nam sive personales sint, ut usus, usufructus, personæ cohærent et una cum ea extinguuntur; sive prædiorum, a prædiis separari non possunt quibus cohærent, ut pignori dari posse non videantur, etsi in bonis sint. De servitutibus personarum sic habendum est, usumfructum pignori dari posse, quia et vendi ab eo potest qui usumfructum habet. Ita, quantum vendendo in alium transferre potest, tantum in creditorem recte transferet; usum nullo modo, quia personæ cohæret, nec vendi aut cedi potest, ut nec pignori in alium transferri possit, *L. si is qui §. usufructus D. de pig.* De servitutibus urbanorum quidem prædiorum extat ex Martiano in *L. si is qui §. ult. hoc tit. de pignor.* jura hæc pignori dari non posse; igitur nec convenire posse, ut hypothecæ sint.

VI. De servitutibus rusticorum inde dubitatur. Et plerique omnes putant dari posse pignori, ideo quod Martianus non generaliter de omnibus dixerit, sed de prædiorum urbanorum servitutibus nominatim; unde conjectura duci potest, aliud eum de rusticis sensisse. Ad cujus rei confirmationem huc accedit, quod e vestigio de servitutibus rusticorum prædiorum per adversativam ex Paulo subjungitur, quæriturque an in his pignoris conventio locum habeat. Et ait Paulus, conventionem propter utilitatem tuendam esse. Quod non diceretur eodem loco, per adversativam præsertim, nisi adversum jus in utroque intelligere Jurisconsulti voluissent.

VII. Sed Francisco Duareno nostro aliud videtur in libro secundo *Anniversar. quæstion. c.* 13. Huic enim placet, ne servitutes quidem rusticorum prædiorum pignori dari posse, non magis quam urbanorum. Quæ sententia mihi verissima videtur. Nam quæcunque servitus prædii est, ea prædio cohæret, nec potest, quandiu prædium apud debitorem manet, servitus in alium transferri ut ea utatur, quia non personæ est, sed prædii: et prædii non cujuslibet, sed prædii debitoris, a quo ipsa separari non potest, *L.*

via, *L. unus, D. de servit. rustic. præd.* Quò fit ut debitor alii vicino eam vendere non possit, nisi una quoque prædium suum distrabat. Quam venditionem si prætor non tuetur, ne pignorationem quidem tuebitur, quia eæ res recte oppignorantur, quæ et vendi possunt, *L. 9. D. de pig.* vel quod in alium transferantur res per obligationem pignoris, vel quod pignus ita detur ut distrahere liceat. Postremo servitus creditori sit inutilis, quippe quæ non ipsi possit deberi; non enim personæ servitus est, neque ejus prædio, quia alii prædio cohæret, a quo, invito domino fundi servientis, in alium transferri non potest.

VIII. Quod autem Paulus in capite sequenti tractat de servitutibus rusticis, recte hoc mihi videtur ab illo et acute animadversum esse, non hoc quærere Paulum, an hæ quoque pignori dari possint, ut ita eas ab urbanis separet; sed illud, an dominus in suo servitutem constituere possit creditori pignoris loco, ut ea creditor utatur, quandiu pecunia soluta non sit. Id vero dominum facere posse Paulus ait, non ut jure ipso valeat servitus, quia ipso jure ad tempus constitui non potest; sed propter utilitatem contrahentium. Ac de domino fundi eum loqui, qui temporis caussa in suo servitutem imponat, indicant illa verba, quibus convenire posse ait *ut iis servitutibus creditor utatur, scilicet si vicinum prædium habeat, et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat.* Hæc enim pactio de servitute quæ nobis in alieno debetur, recipi non potest. Semper enim dominus fundi servientis recte negabit, se creditori aut ei cui creditor vendiderit, servitutem debere nec quisquam; cui servitus debetur, servientis fundi caussam deteriorem facere potest, *L. servitutes, §. ult. de ser. ur. præd.* Adversativa autem qua Paulus utitur, non eo pertinet ut prædiorum urbanorum servitutes a rusticis separentur, sed ut doceamur, ipsi quidem jura quæ in alienis prædiis nobis debentur, pignori dari non posse. Cæterum in nostro ea constitui posse pignoris loco, non tantum ut creditor qui vicinum prædium habet, ea servitute utatur; sed etiam ut alii qui vicinum prædium habebit, voluntate nostra eam servitutem vendat, nobisque vel invitis imponat in perpetuum. Ita cum in personis servitutem oppignorantibus, non in generibus servitutum, hoc loco distinctio posita sit; dicendum est, quidquid vel apud Paulum in his fragmentis sub appellatione servitutum, vel urbanarum vel rusticarum, affirmatur, exempli caussa de iis servitutibus dictum esse, ut in constituentibus differentia esset, non in genere servitutis.

IX. Ergo suprascriptæ res pignori non dantur, quia sua natura non possunt. Illæ, certis de caussis, pignori non subjiciuntur ex constitutionibus. Nam Imperatorum Constantini, item Honorii et Theodosii constitutionibus, vetantur executores a quocunque judice dati ad exigenda debita in caussam judicati, servos aratores, boves, aut instrumentum aratorium, et in universum, quod ad culturam agri pertinet capere, ne tributorum illatio retardetur, *L. executores, L. penul. cum auth. sequ. C. quæ res pig. obl. poss.* Quæ constitutiones, quo minus hæ res voluntate ipsorum dominorum obligentur, non sunt impedimento. Spem item eorum præmiorum quæ, pro coronis, athletis pensitanda olim fuerunt, ne privata quidem pactione pignorari potuisse, Alexandri rescripto cautum est, *L. Spem eorum, C. quæ res pig. obl. pos.* Credo, ne adempta spe iis præmiis potiundi, quæ jam multo ante obligata essent, et ad illum post reditura, athletis virtus et alacritas remitteretur ad animose et fortiter certandum, quæ præcipue præmiis propositis accenditur. Nota sunt autem celebratissima illa quatuor certamina sacra apud Græcos, Olympia, Pythia, Istmia, et Nemeæa, in quibus athletæ qui vicissent, coronis donabantur honoris ergo; et pro coronis etiam præmia publice erant proposita, de quibus Alexander sensit. De athletis deque variis ludicrorum certaminum generibus, item qui honores victoribus olim haberentur, pulcherrime et fusissime scripsit Budæus in annotationibus prioribus ad Pandectas. Licebit hodie idem dicamus de omni spe eorum præmiorum, quæcunque publice, ob victoriam in omni certamine, virtutis caussa proposita erunt vincentibus. Commoda tamen ipsa quæ jam eo nomine præstantur, pignori capi posse tradidit Papinianus; cujus extat responsum de hac re sub *tit. de re jud.* in hæc verba: *Commodis præmiorum quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam jure pignoris in caussam judicati capi.* Hæc præmia intelligit, quæ athletis præstantur pro coronis. Sacras enim coronas vocat, quæ in certaminibus illis sacris donarentur. Unde et qui in illis vicissent, hieronicæ dicebantur.

X. Quibus expositis, apparet rem quæ in bonis obligantis non fuerit, hypothecaria actione non teneri, et quæ recte data est, sic peti posse, ut sufficiat rem in bonis ejus

fuisse eum conveniebat, id est cum pignus contrahebatur; idque probari satis est *d. L. et quæ nondum*. §. 1.

XI. Ad quod illustrandum in primis conducet exemplum Papiniani, quo ille in utramque partem utitur in *C.* 3. *hoc tit. de pig.* Ponit enim principio, debitorem pignori rem dedisse; deinde, cum eam postea amissam vindicaret, vel actione de singulis rebus vel petitione hæreditatis, victum esse. Quæritur an creditor actione Serviana adhuc experiri possit. Movet quod pronunciatum est, rem debitoris in bonis non esse. Ille posse experiri creditorem respondit. Satis enim esse, si probet rem in bonis debitoris fuisse, quo tempore pignus contrahebatur. Nam quod condemnatus est, postea secutum est. Nec obstat quod pronuntiatum est, rem retro quoque in bonis debitoris non fuisse. Res enim inter alios judicatæ aliis non nocent, *L.* 1. *de excep. rei jud.* Præterquam in iis rebus quæ ex præjudiciis pendent, ut legatis, eum de hæreditate contra hæredem testamento scriptum pronuntiatum est. Legata enim ex testamento pendent. At fieri potest ut res debitoris fuerit, de qua petitione hæreditatis actum est; lis tamen non fuerit recte instituta, cum suam vindicare deberet, quam sibi jure hæreditario, tanquam testatoris foret, vindicabat. Fingit deinde e converso, debitorem per injuriam victum, rem quam petierat, pignori dedisse. Quæstionis est, an hic quoque creditor possit Serviana experiri, probans rem in bonis debitoris esse, cum per injuriam victus esset; quia non videatur exceptio rei judicatæ hic magis creditori nocere, quam in superiore specie debuisse. Et ait, hoc casu, Servianam creditori non esse dandam; scilicet quia verum sit, rem tum in bonis debitoris non fuisse, cum pignus contrahebatur. Est enim res in bonis, ad quam recuperandam actionem habemus; hanc autem amisit qui judicio victus est. Rem enim si vindicet a possessore, summovebitur rei judicatæ exceptione, etiam si injuria victus sit. Nihil autem interest, ipso jure quis actionem non habeat, an eam habeat quæ per exceptionem infirmetur, *L. nihil interest, D. de regul. jur.* Ita utriusque partis regulæ illius superioris exempla hæc sunt.

XII. Jam vero cum eæ res vendi possint, quæ in bonis cujusvis sunt, (nam et superficiaria prædia et vectigalia, et pignus, et actiones, aut nomina vendi posse constat) cuntraque nihil eorum vendi possit, quod in bonis non est, *L. sed et Celsus, D. de contrah. em.* et recte definitum est, quæ res emptionem, venditionemque recipit, pignorationem quoque recipere, et contre, *L.* 9. *de pign.* inde placuit, quam rem quis emere non posset, ob id quia commercium ejus rei non est, nec jure pignoris eum accipere posse, *L.* 1. §. *eam rem, infr. quæ res pig. obl.* Quod non est contrarium ei quod sub titulo de pignoribus Modestinus definit *cap.* 24. *In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohiberi.*

XIII. Aliud est enim, commercium alicui interdictum esse; aliud, rem emere prohiberi: exempli gratia, qui officii caussa in provincia agunt vel militant, prædia comparare in eadem provincia prohibentur, *L. qui officiis, L. non licet, D. de cont. empt.* Iidem, si cum alio contraxerint, pignus recte accipient et distrahent, quia non emit qui vendit: hi autem emere tantum prohibentur. Sed nec legis sententia offenditur. Ideo enim prohibentur Præsides, et milites, et cæteri ejusmodi in provinciis emere, ne rem acquirant; quod nisi prohiberentur, facile res omnes, per concussionem, vel propter potentiam, vel gratiam ad se advocarent. Adversus quod periculum lege prospectum est. Hæc ratio in eo qui vendit nulla est. Tantum enim abest ut qui vendit acquirat, ut vendendo, etiam quod habet, alienet. Cum autem commercium interdictum est, utraque re interdicitur, et emptione et venditione. Commercium enim non tantum in emendo est, sed etiam in distrahendo. Et ut Ulpianus in fragmentis Institutionum, titulo De dominiis definit, *Commercium est, emendi vendendique invicem jus.* Sic fit ut pignori quoque accipere interdicatur, quia pignus sic accipiatur ut distrahere liceat. Sed quomodo pignus obligetur et a quibus, satis dictum est. Sequitur ut quod jus sit in pignore constituto creditori dicendum sit.

## CAP IX.

De jure creditoris in pignore, et de actione hypothecaria, seu Serviana.

*Jus creditoris in pignore duplex, et quale utrumque.* I.
*Ad illud obtinendum actio in rem comparata est creditori; cujus appellatio multiplex.* II.
*Adversus quos illa detur, et cujus rei gratia; et quibus modis eo perveniatur.* III.
*Qui hac actione tenetur, nisi restituat, tanti damnatur, quanti in litem juretur.* IV.
*Lis tanti vero æstimatur adversus extraneum possessorem dumtaxat, non adversus debitorem; quæ discriminis ratio.* V.
*Pignore distracto, non extinguitur pignoris persecutio; alibi de hoc auctor.* VI.

I. Jus creditoris, ut initio dixi, in pignore duplex est. Unum, maxime pignorum proprium, rem tenere eique incumbere licere, donec pecunia debebitur. Alterum, distrahere etiam licere, si creditori, ad jus suum consequendum, ita faciendum videatur. De possessione pignoris, sic ea creditori datur, ut fructus etiam suo jure percipiat, non illos quidem ut lucretur, sed quos deinde in sortem sibi compenset. Quin etiam judicio pignoratitio percipere eos cogitur ex fide bona, ne res apud eum otiosa et sine fructu maneat, et debitori vacet, *L. 2. C. de pig. act.* Proinde, et prædia sibi obligata ex caussa pignoris, recte locabit, *L. creditor hic de pig.*

II. Ad id, ut dixi, obtinendum, et rem possidenti exceptio datur, et nec possidenti ad eam persequendam actio. De exceptione nulla dubitatio est, si quidem ei actio datur. Nam cui damus actionem, eidem exceptionem competere multo magis quis dixerit, *L. 1. de superfi.* De actione videamus. Pignoris persequendi caussa, actio in rem est, non in personam tantum debitoris, *L. pignoris. C. eod.* Hæc primum de rebus coloni, quas, pro mercedibus fundi, pignori futuras pactum esset, proposita est edicto, et a prætore Servio Serviana est appellata, ut a Publicio Publiciana. *§. item Serviana, §. sed ista quidem instit. de act.* Post deinde, ad exemplum earum rerum, de cæteris quoque rebus quæ pignori datæ esssent, actio reddi cœpit, quæ ex eo quasi Serviana dicta est, *d. §. item Serviana.* Indeque etiam factum est, ut utilis Serviana appellaretur, *L. lege, §. cum prædium, D. de pignor.* Sic et de superficie in rem actio cum rei vindicatione collata, quæ jure civili proponitur, et quasi in rem dicitur et utilis ab Ulpiano *in L. 1. §. 1.* et *§. tis autem, D. de superfic.* Abusive ac etiam Serviana absoluta interdum nominatur, *in L. 3. L. si inter, §. 1. D. de pignor.* Atque hæc ab auctoribus nomina sunt. Ex re vero quæ petitur, hæc omnis de pignore actio hypothecaria appellatur, ab hypotheca quæ proprie tunc dici intelligitur, cum possessio non est apud creditorem. Porro ea demum vindicatur, quæ apud alium est. Pignoratitia vero proprie dicitur in personam actio, qua debitor adversus creditorem utitur de pignore repetendo, pecunia soluta. Verum et hoc nomine quandoque hypothecaria significatur, a pignore quod in jure obligationis ab hypotheca nihil differre diximus. Sicque accipitur in his locis, *L. rem alienam, D. de pig. act. L. 3. §. est autem D. ad exhib. L. communi, §. inter, D. communi divid. D. duobus, L. pen. de excep. rei jud.*

III. Cum sit igitur in rem actio de pignore persequendo, nimirum adversus omnes dabitur, qui rem tenebunt possidebuntve, aut dolo desierunt possidere, ut id restituant. Hoc enim est, in rem, rem sequi ejusque rei possessorem, idque omnium in rem actionum commune est, *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de pig. L. officium, D. de rei vindic. L. actionum, D. de obli. et act.* Finis actionis, atque intentio omnium in rem actionum propria, ut dum pignori obligatam constabit, res petitori restituatur. Idque ut fiat, judex primum arbitratur. Alterutro igitur modo, is unde petitur, absolvetur, si aut rem restituet, aut petitori pecuniam solvet. Rem quidem restituendo, quia arbitrio judicis satisfecit; pecuniam solvendo (quod quisque pro debitore ignorante et invito potest facere), quia, pecunia soluta, nullum amplius pignus est, eoque liberato, inutilis hypothecaria creditori relinquitur.

IV. Si neutrum faciet, id est, si arbitrio judicis non parebit, sequitur condemnatio horum judiciorum propria, ex arbitrio judicis pendens, ut, si quidem dolo malo fecit reus quo minus rem restitueret, tanti damnetur quanti in litem juratum est; sin colpa rei possessionem amisit, quanti petitoris interest, *L. si fundus, §. in vindicatione, D. de,*

*pignor. d. L. qui restituere, D. de rei vind.* Unde et actiones arbitrarias has esse constat, in quibus ex arbitrio judicis et jussu condemnatio, aut absolutio pendent, *§. præterea, Insti. de action.*

V. Sed quod dixi, si res pignorata non restituatur, litem tanti æstimandam esse adversus possessorem, quanti in litem juratum est; non adversus quemvis possessorem accipiendum est, sed adversus extraneum tantum, qui nihil quæri potest, si plus creditori præstet quam ei debeatur; quia quod amplius debito creditor fuerit consequutus, debitori restituere debet pignoratitia actione, omninoque ei bonam fidem præstare debet, ut eadem in debitoris caussa faciat, quæ ille faceret in sua. Adversus debitorem autem, non pluris quam debet, quia non pluris interest vel hoc nomine, quod nemo est alius quam debitor cui creditor teneatur, si ipse amplius fuerit consequutus, *L. inter, §. ult. de pig.* Adeoque in debitore id verum est, ut Martianus scribat, *L. si fundus, §. si pluris, D. de pig. Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, nec provocaverit; si tantum solvat quantum debet, exonerari hypothecam*, non subtili id quidem et stricto jure. *Semel enim caussa transire cœpit ad condemnationem*, inquit, et creditori pecunia ex caussa judicati deberi. Secundum regulas autem juris, ita quisque liberatur, si quod debet solverit in prin. *tit. qui mo. toll. oblig.* Sed benigna, nec malitiosa juris interpretatione. Nam creditori solvendo quod debetur, natura contingit, ut accessio quoque liberetur, *L. in omnibus de solu.* qua liberata, nihil jam creditoris interest, omninoque ei omnis actio jure est extincta.

VI. Ex hoc jure apparet, nec distractis alienatisve rebus pignori obligatis, extingui pignoris persecutionem. Alioqni diceremus actionem tantum de pignore adversus debitorem esse, non in rem, si ea alienata, possessorem convenire non liceret. Non nocet quod dominium in alium transiatum est. Neque enim, in hac re aut ulla alia, debitor creditoris conditionem facere potuit deteriorem. Ex quo semper accidit, ut res cum sua caussa alienetur, *L. distractis, L. debitorem, C. de pi, L. alienatio de cont. emp.* Sed alius nobis propositus est ad explicandum locus, quomodo pignus amittatur. Itaque cum hic locus ad eam rationem pertineat, ut quæratur an hoc modo pignus amittatur, satius est rem hanc in illud tempus differamus. De jure distrahendi pignoris videamus.

## CAP. X.

### De distractione pignorum.



I. De distractione pignoris duplex est quæstio. Prior illa, an creditor jure suo pignus possit distrahere, et si potest, quando possit, quave forma observata. Altera de venditione, quam vim habeat. In qua hæc quæruntur; primum de emptore, quid in eum ille transferat; tum de creditore, quatenus ea venditione obligetur; postremo de debitore, quatenus ea re liberetur.

II. De jure creditoris in distrahendo pignore, sic statuatur, jure suo illum pignus distrahere, sive convenerit ut id facere liceret, sive non convenerit, modo ne quid contra convenerit ne distrahere liceret. Et hoc est quod in edicto Prætor pollicetur se venditionem pignoris servaturum, quoad ejus contra legem pignoris non fiat, id est, modo ne quid lex pignoris refragetur, *L. 4. de pign. act. L. si cessante, C. de distrac. pig.*

III. Quin etiam, si convenerit ne distrahere liceret, hoc Ulpianus scribit, statim quidem vendere non licere, sed tamen si ter denuntiatum sit debitori ut solvat, et cessaverit, ad extremum licere, *d. L. 4. de pig. act.* Ter denuntiatum sic accipimus, non ut eodem tempore ter ita dicatur debitori, solve, solve, solve, (nam hoc nihil ab una denuntiatione differt, et plusquam veteratorium est, tres denuntiationes verbis exigere, quæ re ipsa nihil amplius commodi afferant reo ad conquirendam pecuniam, quam una) sed ita ut inter singulas denuntiationes aliquod intervallum intercedat.

IV. Et plerique omnes probant inter unamquamque diem intercedere debere, quia observarunt absentem reum in caussa criminis, pro quo absente nemo excusationes adfert, per triduum esse citandum, ante quam damnetur, *L. inter, de pub. jud.* Quod quid ad rem pertineat, non video. Nam, si illius loci argumento uti voluerunt, ut probarent in debitore idem faciendum esse, ante quam pignus distrahere liceret, adjicere debuerunt, etiam debitorem per singulos dies ter citandum esse. Nam hoc in citando reo etiam requiritur, *d. L. inter.* Sed profecto, ordo judicii criminalis et celeritas conficiendæ rei, cum officio privati creditoris in debitore admonendo, nihil conjunctum aut commune habet. Aliquid dicerent, si docerent alicubi lege esse constitutum, reum absentem ter citandum esse, deinde ostenderent, ad interpretationem eorum verborum legis hoc subjectum esse, ter citatum accipere nos debere per triduum. Sed nihil tale reperient. Ego probabiliter dici posse existimo, ita ter esse denuntiandum, ut per intervallum denuntietur, non minus quam decem dierum, atque ita, post triginta demum dies, creditori pignus vendere liceat. Quod multis locis consentaneum reperietur, in quibus, cum de exigenda pecunia conveniendoque debitore agitur, non statim, sed

post aliquod tempus, neque tempus lege aut edicto adjicitur, decem dierum spatium, ut minimum requiritur. Nam, cum in edicto de pecunia constituta Prætor polliceretur actionem, si is qui constituit non solvisset, sed post aliquod saltem modicum tempus, hoc Ulpianus sic interpretatus est, non minus quam decem dierum, *L. promissor*, §. *si sine*, *D. de const. pec.* Sic, cum in caussa civili reus absens tribus edictis, id est denuntiationibus, de quibus hoc loco agitur, lege vocandus esset, idem Ulpianus tria edicta sic accepit, ut interponi deberent per intervallum non minus decem dierum, *L. ad peremptorium*, et *L. seq. de judic.* Congruit præterea hæc sententia legi duodecim Tabularum. Ea enim lege æris confessis ac debiti judicatis, triginta dies dati fuerunt conquirendæ pecuniæ caussa, quam dissolverent, ut testis est Aulus Gellius *lib.* 20. *c.* 1. quos dies decemviri justos appellarunt; post quod tempus res debitoris pignori capere ac distrahere liceret. Quo jure posito, cum dubitabitur, si quando creditor summum tempus expectare jubeatur ante quam pignus vendat, quodnam id esse debeat; non erit incommodum ejus rei interpretationem ex lege sumere, ut cum tantum tempus præterierit, quantum lex ipsa judicatis beneficii loco largitur, nihil debitor præterea requirere debeat.

V. Sed quod ait Ulpianus, post tres denontiationes vendere pignus licere, etiam tum cum ita convenit ne liceret distrahere, parum liquere videtur. Nam quomodo poterit, cum id semel convenerit contra conventionem pignus distrahi, cum ut vendere liceat creditoris caussa constitutum sit, liceat autem unicuique, secundum veterem regulam juris, eo jure non uti, si velit; et si quid tale convenerit ne eo uteretur, omnino pactio servanda sit? *L. pen. C. de act. L. pactum, D. eod.* An eo fieri dicemus, quod hæc pactio contra publicam utilitatem est, quia non facile alioqui creditores reperientur, qui pecuniam velint credere, ubi pignus illis distrahere non licebit? Nam hoc plerisque placet. Mihi autem inepta hæc ratio videtur. Nam cum de eo creditore agatur, qui pecuniam jam credidit, et sua sponte hoc jus debitori remisit ne pignus distraheret, valde stultum esse metuere ne, propter eam facultatem distrahendi ademptam, pecuniam non det, cum jam ante, ea facultate ultro sibi detracta, crediderit. Si de credenda pecunia ageretur, et illud quæreretur, an pignus vendere creditoribus permittendum esset, tum sane publicam in eo omnium utilitatem versari diceremus, ut distrahere permitteretur, quo ad facilius credendum homines invitarentur. Nunc, postquam ultro credita pecunia est, et pignus acceptum, an velit deinde creditor pignus distrahere aut non distrahere, quin in eo privata ejus utilitas et arbitrium versetur, negari non potest. Quid si omnino pignus non acciperet? quid si acceptum remitteret? quisquamne in eo publicam utilitatem versari, et ideo hoc eum remittere non posse diceret? Quanto minus dicere convenit eum qui, pignore accepto, hoc remisit debitori ne vendat, contra utilitatem publicam facere videri? Ego eum qui pignus dedit, hoc ipso quod pignoris loco rem esse voluit, simul etiam convenisse dico, ut distrahere liceret. Neque aliter pignus esse intelligo. Nam cui bono rem alioqui apud se otiosam tenere, si distrahere non licebit, ut ad jus suum creditor perveniat? Indicat hoc Alexander Imperator in *L.* 1. *C. de pact. pig.* qui, cum proponeretur debitor pactus esse, nisi intra certum tempus pecuniam solveret, cessurum se creditoribus hypothecarum venditionem, rescripsit eum qui id fecisset, non contraxisse; sed id comprehendisse pacto, quod creditor in pignore adipiscendo suo jure esset habiturus. Innuens hoc jus vi sua pignori esse adjunctum et consequens, nec a pignore, quandiu nomen suum retineat, posse separari. Adeoque pignus in hoc datur, ut distrahere liceat, si opus est; ut cum debitor creditori suo forte permisisset rem aliquam distrahere, si pecuniam non solvisset, responderit Papinianus, ea conventione pignus contractum videri, *L.* 3. §. *ulti. qui po. in pig. hab.* quasi hoc proprium pignoris esset, ut eo concesso, quod solius pignoris proprium est, pignus datum intelligeremus. Cum igitur pignore dato convenit, ne creditori distrahere liceret ex eo quod præcessit, apparet non id actum esse ne omnino liceret; alioqui pignus pignus non erit, sed ut ne liceret statim, aut post unam atque alteram frustrationem debitoris, aliquando tamen liceret. Semper autem non solum in emptis rebus et venditis, ut Pomponius loquitur in specie non absimili, in *L. sed et Celsus*, §. 1. *de contr. empt.* sed in rebus omnibus quæ consensu contrahuntur, non quod dictum, sed quod actum fuit sequendum est. Quod si aliquando vendere licet, nihil caussæ est cur non post extremam debitoris toties interpellati frustrationem, post id tempus denique quod judicatis humanitatis caussa datur, id facere liceat.

VI. Cum sit ergo hoc jus pignoris proprium ut vendere id liceat, consequens est, cum id creditor suo jure faciet, debitorem obnu-

tiatione sua venditionem impedire non posse, de quo titulus in Codice *debitorem vendit. pign. impedi. non posse*. Consequens est, quandiu non est integra pecunia creditori soluta, etiam si pro parte majori eam fuerit creditor consecutus, rem obligatam totam distrahere posse, quia non nisi omni pecunia soluta pignus esse desinat, *L. quandiu, C. de distr. pignor. L. si rem §. omne, de pign. act. L. arbiter L. ult. D. hoc tit.* Postremo et hoc consequens esse apparet, cum pluribus rebus pignori obligatis, vel generali obligatione omnibus, singula pignoris jure teneantur; *creditoris arbitrio permitti ex his rebus quibus velit distractis, ad commodum suum pervenire*, *L. creditoris D. de distr. pign.* Quod tamen ex constitutione divorum Fratrum, in eo qui specialiter quædam et universa bona generaliter pignori accepit, quanvis æquale jus in omnibus habeat, ita temperandum est, ut si certum sit posse eum, ex his quæ nominatim ei pignori obligata sunt, universum debitum redigere; ea quæ postea ex eisdem bonis pignori accepta sunt, non possint auferri, nedum distrahi, *L. 2. C. de pign.* Creditorem pignus vendere posse constat.

VII. Videndum est an statim possit, et omnino quando possit. Et quidem si convenit quando distrahere liceret, id servabitur ut ante non liceat, *L. si necessarias, §. si anima, D. de pign. act. L. cum solvendæ, D. de distr. pign.* Si nihil dictum est cur cessante debitore statim distrahi non possit, nihil est impedimento, et ita constitutum est. Gordianus in *L. si cessante*, C. eo titu. *Si, cessante solutione, creditor, non reluctante lege contractus, ea quæ sibi pignori nexa erant, distraxit, revocari venditionem iniquum est.*

VIII. Sed interpretes vulgo, constitutione Justiniani quæ est de jure dominii impetrando, hoc jus esse emendatum censent, putantque non ante biennium quam debitor interpellatus est et cessavit, pignus posse distrahi, ubi de distrahendo nihil convenit. His enim ipsis verbis loquitur in ea constitutione Justinianus, quæ extat sub *tit. de jure domin. impetr. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignoraverit, si quidem in pactione cautum est quemadmodum debeat pignus distrahi, sive in tempore sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur fœneratori, ex denuntiatione vel ex sententia judiciali, post biennium ex quo attestatio missa, vel sententia prolata est numerandum, eam vendere. Sin vero nemo est qui comparare eam voluerit*, et quæ sequuntur. Mihi autem cur Justinianus jus vetus in ea re emendare vellet, nulla caussa fuisse videtur imo vero et durum id, et iniquum est. Nam quo tandem creditori rem pignoris jure possidere, ut tam longum tempus expectare jubeatur, nec ante possit jus suum consequi? Quid enim si debitor solvendo non sit? Et ideo illi ipsi contrariæ sententiæ defensores Itali testantur aliud consuetudine publica Italiæ observari, *Accur. in d. L. ult. C. de jur. dom. impetr.* Videamus igitur ne Justiniani constitutio ad eos tantum pertineat, qui jus dominii impetrare velint in pignore. Quod mihi omnino videtur, ut sit sensus, eos qui dominii jus impetrare volunt, non ante biennium impetrare posse; biennio autem exacto, non statim id posse facere, sed prius rem venum exponere, et distrahere, si licebit; sin minus, tum deinde impetrare a principe, ut res dominii jure possideatur. Quod ergo ait Justinianus, licentia erit fœneratori post biennium rem vendere, non simpliciter dictum intelligendum est, sed ad aliquid et cum disjunctione, ut sit sententia: licebit post biennium vendere, ad hoc ut, si res venum exposita post id tempus emptorem non reperiat, tum ad dominii jus impetrandum progredi possit creditor. Nec longe huic sententiæ argumenta repetantur. Justinianus initio ejus constitutionis profitetur, se formam in dominii jure impetrando et proscriptione publica, quæ olim fieri in ea re consuevisset, immutare velle. Id etiam titulus sub quo illa constitutio relata est, loquitur. Olim quoque, si quis rem dominii jure possidere vellet et publice proscribere, et annum expectare creditor debebat, intra quem debitor pignus luere posset, ut constat ex principio ejusdem constitutionis. Neque tamen ideo efficitur idem in omnibus observari debuisse, qui non dominii jus impetrare vellent, sed solum rem distrahere. Ne nunc quidem, cum Justinianus formam ei rei dare sua constitutione voluerit, sic accipere debemus, ut qui suo jure uti et pignus distrahere voluerit, non dominii jure possidere, primo quoque tempore cessante debitore, non id possit facere. Postremo, cum jus id olim fuerit, ut statim distrahere liceret ei qui rem dominii jure possidere non postularet; nisi appareat Justinianum nominatim hoc jus emendare voluisse, manere id judicandum est.

IX. Jam videndum, quam formam in distrahendo creditor observare debeat; nam solemniter vendere jubetur. *L. quæ specialiter, C. eo tit.* Et hæc est hujus juris summa. Creditor bona fide distrahere pignus debet. Id in eo positum est, ut et rem proscribat,

quo facilius emptorem reperiat; et cum proscribit, aut alias rem recte vendit, notum debitori faciat, ut quodcunque gerit, quantum licet, testato debitorem admoneat; scilicet ne aut minoris vendat quam quanti res est, aut cum tanti vendiderit, debitorem id celet qui fortassse idoneos etiam magis emptores dare potuerit. Quod, his prætermissis, a debitore factum est, contra bonam fidem fieri dicimus, *L. creditor, L. quæ specialiter, C. eo. titu. L. cum contra, C. si vend. agat.* Sed hæc omnia ideo a creditore exiguntur, ne ipse postea debitori judicio pignoratitio teneatur, quo judicio, quidquid est quod creditori imputari potest cur res justo pretio non sit vendita, præstare cogitur.

X. Cæterum, his prætermissis, etiam venditionem valere argumento est, quod in creditorem hoc casu actio datur, non emptorem, nisi subsidio, si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit: neque id semper, sed ita demum, si probatum fuerit eum fraudis cum creditore participem fuisse, cum sciret illa prætermitti, nec tanti res venderetur, quanti esset, *L. si cessante. C. eo tit. L. 1. L. 4. C. si vend. pig. aga.* Ex quo apparet judicio restitutorio hoc fieri, in quo caussæ cognitione ad rem repetendam opus est, idque ex illa clausula edicti de majoribus 25. annis in integrum restituendis: *si qua mihi justa caussa esse videbitur, in integrum restituam, L. 1.* in fin. *ex quibus causs. majo.* Alioqui dominium in emptorem non transferretur, neque id a debitore recederet; et quia dominus esset, sine ulla exceptione rem suam a possessore auferret.

XI. Deinceps quid valeat ea venditio et quid in emptorem transferatur, dicamus. Et cum creditorem jus distrahendi habere statuamus, ne frustra sit venditio, nimirum re ipsa hoc dicere intelligimur, dominium in emptorem tam transferri quam si debitor ipse vendidisset, si modo is dominus fuerit; et omnino quod ille juris habet, id transferri, *L. non est novum, D. de acqu. rer. dom.* Nec quis miretur, eum dominium transferre qui dominus non est. Voluntate enim debitoris ejusdemque domini id efficitur, non proprio aliquo creditoris jure. In princ. *titul. quib. al. lic. vel non.* Id hanc vim habet, ut quamvis emptori pecunia postea offeratur, vel a debitore cujus res erat, vel a creditore secundo cui eadem res erat obligata, non possit tamen ab emptore avocari, *L. 3. hoc. tit. L. 1. C. si antiq. cred.* Hoc enim consequens est regulæ juris, qua efficitur, id quod nostrum est, ab invitis non recedere et ad alium transferri, *L. id quod nostrum, D. de reg. jur.*

XII. At enim dixerit hoc loco aliquis, pretio a creditore accepto, creditor dimittitur. Sic fit ut, quasi solutione ejus quod debetur, certe quidem ejus obligationis, quæ fuerat liberatione, pignus quoque liberetur: ut jam illud quoque consequens sit, debitorem, si pecuniam offerat, rem suam pignore sublato posse avocare. Denique, solutione ejus quod debetur, debitori pignoratitia actio nascitur. Hic respondebimus idem quod Martinianus scribit in *L. solvitur, §. 1. D. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* cum jus obligationis vendidit creditor et pecuniam accepit, nihilominus manere omnes obligationes integras; quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine.

XIII. Quod tamen dicimus pecuniam emptori a debitore offerri non posse, non est perpetuum. Quid enim, si in distrahendo pignore lex dicta sit, ut si pecunia emptori offeretur, pignus recipere liceret? Sed conventio duplex esse potest. Potest enim ita pacisci creditor, ut liceat sibi reddere pecuniam et pignus recuperare. Potest etiam ita, ut si ab ipso debitore intra certum tempus pecunia offeratur, ipse rem suam recipiat. De priore non dubitatur quin valeat, ut ipsi qui pactus est, ex sua pactione aut ex empto aut præscriptis verbis detur actio, *L. 2. C. de pactis inter empt.* quam ipsam deinde cedere debebit debitori, *L. si creditor* in prin. *hic.* De posteriore, an aliquid egerit dubitatio est. Nam alteri frustra paciscimur, propterea quod neque ipse creditor ex ea agere posse videtur, qui sibi cavere noluit, neque debitor in quem pactio collata est: quia ei creditor cavere non potuit. Ut enim alteri per alterum, qui in potestate ejus non sit, quæratur actio, regula juris non patitur, *L. multum, C. si quis alteri vel sibi, L. quicunque D. de oblig. L. ita stipulatus, §. Chrysogonus, D. de verb. oblig.* Sed extant de hac pactione responsa Ulpiani, et Martiani, ut utrique in proposito actio danda sit, et creditori quam debitori cedere cogatur, at debitori ipsi qua ille utatur suo jure, etiam si a debitore cessam non acceperit, *L. si cum venderet, D. de pig. act. d. L. si creditor, 2. resp. hoc tit.* Et recte. Nam primum quod dicimus inutiliter nos stipulari alteri, aut pacisci, ut ipsi quidem qui pacti sumus, agere ex ea pactione possimus, ita verum est, si nostra non intersit. Quod si quid interest, magis nobis stipulati esse quam alii videmur, et ideo etiam inde agi potest, *L. stipulatio ista, §. si stipuler, D. de ver. obl.* Interest autem creditoris distrahentis, cum

certa lege vendiderit, quam alii ex bona fide judicio pignoratitio præstare debeat, aut legem eam servari, aut rem apud emptorem non manere. Quam actionem si cedat debitori, liberatur. Quod autem in hac specie debitori ipsi actionem damus, actionem in rem Ulpianus intelligit, *d. L. cum venderet, D. de pig. act.* aut quoniam dominium apud debitorem mansisse intelligitur ex conventione et facto creditoris, actionem in factum conceptam, qua per narrationem ejus quod factum est, debitor id consequatur, ut secundum conditionem quam probat evenisse, emptione rescissa, rem suam recipiat. Nec vero, quo minus id fiat, regula juris est impedimento. Vetat enim regula juris, alteri per alterum actionem acquiri. Et sane ex empto, actio debitori qui non vendidit, ex contractu alterius competere non potest. Nunc actio in rem debitori datur, hæc autem illi non acquiritur, sed quæ jam ante illius fuerat retinetur, quod regula non prohibet. Ut enim creditor, si omnino rem non venderet, eo modo rem suam domino retineret; ita, si certa lege vendiderit, qua eveniente emptio rescinderetur, ea lege ipsa debitori recte retinebit.

XIV. Sed etsi nihil convenerit, ut rem, pecunia oblata quæ depensa est, recipere liceret, quidam sunt quibus a debitore recte pecunia offertur, quamvis rem emptionis titulo a creditore possideant. Hi autem sunt fidejussor debitoris, qui nomine illius conventus, officio judicis consecutus est ut emptionis titulo prædium creditori pignori datum susciperet, item secundus creditor cui eadem res obligata erat, qui a priore emit, *L. cum secundus, §. ult. hoc tit.* Fidejussor, quia non tam a volente creditore ipse volens rem emptionis titulo habet, quam necessitate juris et officii, quo debitori mandati judicio tenetur, a creditore qui cogebatur transferre, eam suscepit; quæ necessitas in utroque, emptioni quæ consensu perficitur, contraria est, *L. 2. hoc tit.* Secundus creditor, quia a priore creditore pignus liberans, non tam acquirendi dominii quam servandi pignoris sui caussa, pecuniam dedisse intelligitur, *L. cum posterior, eod.* Ita quid isti egerint, ex genere et qualitate personæ conjectura ducitur quod scilicet isti non tanquam quilibet e multis, sed ille quidem tanquam fidejussor, hic tanquam creditor secundus emerint. Quid in emptorem creditor transferat, pignus distrahendo, diximus. Id quod ad jus creditoris in pignore intelligi, prope satis est.

XV. Sed quoniam in hoc negotio distractionis non solus emptor versatur, sed etiam venditor, id est creditor, isque aliquid præstare debet; et præterea, quod ex venditione percipitur, ad pecuniam consequendam quæ debetur, eoque etiam ad debitorem liberandum pertinet; ut quid in hac emptione juris sit intelligi possit, quæritur sive res nondum tradita emptori sit, sive ea sit aliena, quatenus creditor ex ea caussa emptori teneatur, tertio loco re distracta, an debitor ea re liberetur. Quid creditor, pignore distracto, emptori præstare debeat, quæstio in conventione et eo quod actum fuit, posita est. Refert enim, an rem tanquam suam creditor vendiderit, an jure pignoris, sive quod idem est, jure creditoris tanquam sibi oppignoratam. Si tanquam suam vendidit; quod reliqui venditores emptoribus actione ex empto præstare debent, idem in hac specie creditor præstabit, puta evictionem, si res aliena erit, et quæ ejus actionis natura continentur, *L. ex empto, D. de act. empt.* Si jure creditoris vendidit, lex venditioni dicta est, ut quoniam jus suum vendit creditor, nihil amplius quam jus pignoris quod habet, cedere debeat. Hoc igitur saltem præstare debebit, rem sibi oppignoratam esse, et hypothecariam cedere, rem etiam tradere, si possidet. Quod si forte res aliena erit, ipse quidem si ex alia caussa de ea re quæstionem moveat, audiendus non est. Ut enim cætera non præstet, bonam fidem certe præstare debet. Verum si res ab alio evicta sit, emptor ob evictionem rei ad venditorem redire non poterit, ne de pretio quidem, *L. pen. L. etsi is h. tit. L. ex empto. §. sententiam, D. de act. emp.*

XVI. Quidquid autem ad creditorem ex ea re pervenerit, id debitori ad liberationem proficiet. Hoc enim erat tertium, de quo quærebamus. Etiamne si res aliena sit, quæret aliquis, eaque quæ ab emptore jam evicta sit? Nam hoc casu, etsi pretium manebit penes creditorem, de quo ob evictionem conveniri non potest, si res jure creditoris vendita sit; tamen verum est, eam pecuniam neque a debitore solutam, neque ex re ejus ad creditorem profectam. Et dicendum est quod Triphoninus definit, *L. rescriptum. §. 1. h. tit.* Quidquid occasione pignoris redactum est, quodcunque id est, æquius esse debitori proficere, quam creditoris lucro cedere: credo, quia id a debitore profectum videri debeat, a quo etiam acquirendi caussa nata est; ut hoc modo debitor qui ex re aliena liberatus est, vel domino rei, nondum re evicta, vel emptori post evictionem, teneatur, quasi ad quem alienæ rei pretium

pervenerit. Sed quantum inde pervenerit ad creditorem, eatenus inquam, debitor liberabitur. Quod si quid minus creditor consecutus est quam debebatur, sive quod pignus idoneum non esset, sive quod res aliena data esset, quæ ea lege vendita est, ut ea evicta, pretium emptori restitueretur, dicemus debitorem distractione pignoris non liberari. *L. quæsitum*, §. *ulti. L. rescriptum*, in fin. *h. tit.* Quin etiam si pignus idoneum, nec alienum venditum sit, creditor tamen pretium ab emptore servare non possit; bene Paulus existimavit debitorem manere obligatum, si modo nulla culpa creditori imputari posset; idque superioribus consequens est, *d. L. quæsitum, h. tit.* Et generaliter recte definietur, pignore distracto, quod ad creditorem inde pervenerit, aut per eum factum sit quo minus perveniret, eatenus debitorem liberari.

## CAP. XI.

### De jure Dominii impetrando, et pactis pignorum.

*Creditor nec rei pignoratæ fructus lucrari, nec ipse per se pignus in solutum retinere potest jure dominii.* I.

*Sed hoc a Principe impetrandum; et quæ in eo forma servanda.* II.

*Immo nec pactio ut id creditori liceat, iniri potest initio contractus; et quare.* III.

*Secus, si de ea convenerit post pignus acceptum.* IV.

*Potest nihilominus ab initio pacisci debitor ut liceat creditori, pecunia ad diem non soluta, habere emptum pignus justo pretio.* V.

*An possit iniri pactio ut creditor pignoris fructus lucretur.* VI.

*Pignus non extinguit aut imminuit obligationem; quid ex eo consequens.* VII.

I. Cum sit jus illud tantum duplex in pignore, quod diximus, vel ut possidendo pignus vel ut distrahendo, ex ea re creditor id possit consequi quod sibi debetur, apparet neque fructus lucrari eum rei pignoratæ, quandiu possidet, neque in potestate ejus esse rem dominii jure pro pecunia debita retinere; distrahere enim jubetur et alienare. De quo extat Diocletiani et Maximiani rescriptum sub *tit. de bo. autho. jud. poss.* in hæc verba: *Pro debito creditores addici sibi bona debitoris sui non jure postulant.* Ac paulo post. *Si specialiter vel generaliter nemini probentur res obligatæ, ac sine successore debitor, vel hæres ejus decessit, non dominii rerum vindicatione, sed bonorum possessione itemque venditione, æquali portione pro rata debiti quantitate, omnibus creditoribus consuli æquum est.* Item aliud eorundem Imperatorum haud paulo planius sub titulo de *distract. pignorum*, quo ostenditur, creditorem nec per se pignus tanquam sibi emptum adjicere posse, nec sub imagine alterius personæ emptum retinere, quin ea fraude detecta, debitor pecunia oblata quandoque rem suam possit recuperare. Rescripti initium est: *Et qui sub imagine.* Sane in caussa judicati, quia res non a creditore, sed per officium ejus qui ita decrevit, venditur, si emptor alius non existat; aut existat quidem, sed non justum pretium offerat, creditor ad licitationem ex constitutionibus admittitur, et cujuslibet alterius exemplo emere potest et merito; quia isto modo non a se, sed officio judicis qui distractioni præest, res emitur, *L. 2. C. si in causs. judic.*

II. Quid ergo, si in pignore conventionali, cum res esset a creditore venum exposita, ea emptorem non reperiat? Hic rebus omnibus aliis et remediis destituto crediturì subsidio concessum est rem dominii jure possidere. Sed hoc a principio impetratur. Cui rei impetrandæ certa forma et tempus præscriptum est Justiniani constitutione, quæ extat sub titulo *De jure dominii impetrando*; cujus fere hæc summa est: dominii jus ante biennium quam debitori denuntiatum est ut solveret, impetrari a principe non posse, sed et eo transacto, prius necesse esse, rem venum exponat debitor; si distrahere possit, distrahi debere; si nemo emat, tum ad dominium impetrandum progredi posse, si modo ante debitor admonitus sit ut solvat, neque fecerit. Quæ cum præcesserint, jam a principe impetrari posse, ut rem possidere liceat; quo impetrato, rem ita fieri creditoris, ut tamen intra biennium, quam rescriptum principis de ea re impetratum est, debitor rem suam recipere possit, si pecunia quæcunque debetur, et quod creditoris interest quod citius non solverit, et sumptus qui in dominio impetrando facti sunt, offerantur. Post id exactum tempus, rem pleno

jure effici creditoris, hac lege, ut si pluris res valeat quam debetur, id præstandum sit debitori; si minoris, id quoque creditor a debitore consequatur.

III. Quod cum constet neque creditorem fructus rei pignoratæ lucrari, nequem rem ipsam dominii jure in solutum retinere posse; videamus, nihilne ad hæc adjicere possit atque in bis mutare debitoris conventio; qui tempestivus videtur de pactis pignorum quærendi locus. Ac de re ipsa sciendum est, adeo creditori pignoris jure nihil, nisi rem ex commodo utriusque vendere licere, ut ne illa quidem pactio servanda sit, si ab initio convenerit ut, si intra statutum tempus pecunia soluta non sit, creditor pignus in solutum, aut in partem pecuniæ sibi babeat. Hæc est enim illa pactio, quæ lex commissoria in pignoribus appellatur, quæ nominatim lege Constantini improbatur, *L. ult. C. de pac. pig.* sic dicta ad similitudinem legis commissoriæ in venditionibus, qua id agitur, ut si ad diem pecunia soluta non erit, fundus sit inemptus, *L. 2. de leg. commis.* Ut enim illa efficitur, ut pecunia ad diem non soluta, statim dominium rei emptæ emptoris esse desinat, pœnæ loco, et venditoris esse incipiat; sic ista de pignoribus lege id agitur, ut pecunia creditori non soluta, dominium rei debitoris esse desinat, et continuo creditori, pœnæ cujusdam caussa committatur. Verbi ratio ex commissis in vectigalibus ducta videtur. Fraudati vectigalis pœna est, ut res quas mercator professus non est, et quarum nomine vectigal pendere debebat, ipso jure fisco vindicentur. Hoc fisco committi dicimus, quasi dicas, tradi et addici fisco ob commissum; et commissa, quæcunque in ea caussa sunt, ut ob delictum statim desinant esse ejus qui crimen admisit, dominiumque rei fisco vindicetur, *L. si fraudati, L. commissa, L. interdum, tota D. de publican.* Inde, quacunque pactione id agitur, ut si quid contra quam cautum est, factum erit, dominium rei ab eo qui contra fecit, recedat et paciscenti committatur, id est pœnæ caussa, et ob admissum vindicetur: lex, sive pactio commissoria appellatur qua lege res in commissum recidit, frandato fisco. Hæc autem lex ideo in pignoribus infirmata est, ut captionibus creditorum occurreretur, ne per occasionem res debitorum pro pecunia pusilla ad se avocarent; quod facile futurum erat, si hæc lex reciperetur. Nam creditores cupiditate ducti rei acquirendæ, semper hanc legem adjecerint; debitores autem pecuniæ accipiendæ necessitate districti, neque hanc, neque aliam quamlibet legem recusent, ut pecuniam qua indigent, accipiant, dum sperant se pignus posse intra præstitutum tempus luere.

IV. Quod tamen pignoris lege ab initio effici non potest, nihil prohibet quo minus, re jam contracta, mutua voluntate efficiatur ut res obligata, vel certo pretio empta vel in solutum maneat ad creditorem, *L. cum Titius, D. de pig. act. L. cum dominum, C. de pignor.* Nulla enim nunc necessitate pecuniæ accipiendæ debitor premitur, qui pecuniam jam habeat qua utatur, et potest creditori, si velit, in solutum non dare.

V. Sed nec illa pactio improbanda est, si ab initio ita convenerit, ut si intra certum tempus pecunia soluta non sit, creditor rem emptam habeat, non ea quantitate quæ debetur, sed justo pretio tunc æstimandam. Quin venditio sub conditione contracta intelligitur, et ea conditione quæ rem, non pro ea pecunia quæ debetur, debitori auferat, ut lex commissoria facit, sed justo pretio. Valebit igitur eo modo quo cæteræ omnes sub conditione contractæ, *L. si fundus, §. ulti. h. tit.* Nisi forte quis putet ideo hujusmodi venditionem non valere, quia pretium generaliter alieno arbitrio promissum est, quod nihilo rectius fit, quam cum merces in locatione generaliter in alienum arbitrium confertur, quia incerta est, *L. si merces, D. locati.* Sed hoc movere nos non debet; illa enim verba *justo pretio* faciunt ut res in arbitrium boni viri collata esse intelligatur. Justum enim est quod vir bonus arbitraturus est, nec potest bonus vir nisi quod justum sit, arbitrari. Porro arbitrium boni viri nec incertum, nec indefinitum est, *L. 1. de legat. 2.* Certum est enim tanti illum, quisquis est, æstimaturum quanti fundus peritis æstimatoribus earum rerum valeat. Ex quo efficitur hanc venditionem non sic alieno arbitrio esse permissam, ut incerta sit.

VI. Nunc de fructibus rei videndum, an si quid tale convenerit, ut creditor eos luceretur, rata habenda sit conventio. Sed non dubium est, unicuique licere tantum de suo alteri concedere, quantum velit, modo ne quid in fraudem legis faciat. Constat igitur, (*) ἀντίχρησιν *id est mutuum rei usum*,

(*) Quod de ἀντίχρησει hic ab auctore dictum, attemperatum est ad rationem juris Civilis; quod est hac parte a Jure Canonico emendatum, *Cap. 1. et per totum Extr. de usur.* vide Gonzal. *in Comment. Cap. 6. Extr. de pignor. n. 13. ibique laudatos.*

*pro pecunia credita tribui posse*; sed hactenus, ut ad modum usque legitimum usurarum fructus percipiat creditor, ne quid in fraudem usurarum fiat, *L. si is qui*, §. 1. *L.* 1. §. *pacto*, *D. de pign.*

VII. His de jure creditoris constitutis, quid ille de pignore possit statuere, si velit, nemini incertum erit. Sed cum animadvertet sic pignus a debitore dari, ut habeat creditor, unde illi pro debito satisfiat, dubitabit fortasse, num creditor, quasi eo accipiendo pro debito contentus fuerit, amplius requirere nihil debeat, nec possit debitorem amplius appellare. Quid enim, si pignus distractum idoneum repertum non sit? Quid si debitor dicat se creditori pignoribus cedere? Et, ut non sit hoc postulandum, cum pignus idoneum non est; saltem cum erit idoneum, non recte cogetur id distrahere, cum debitor aliunde solutum noluerit? Et adversus omnes hujusmodi dubitationes una de pignore notio generalis in promptu esse debet, pignus creditoris caussa dari, ut illi eo modo de pecunia credita caveatur; sic cum cautionis loco detur; obligationem quæ præcesserit, eo modo augeri posse, nullo modo minui; quin si pignore uti nolit creditor, perinde sit quasi nec datum fuerit. Recte igitur dictum est, creditorem qui non idoneum pignus accepit, non amittere exactionem ejus debitæ quantitatis in quam pignus non sufficit, *L. creditor*, *si cer. peta.* Multo minus debitorem liberari, si profiteatur se pignoribus creditori cedere, *L.* 1. *C. de pignor.* Omnium minime, si sine culpa creditoris pignus sublatum fuerit, *L. servo*, *C. de pignor.* Num ergo cum pignus possit vindicare et distrahere, id facere cogendus erit? Et cum hoc illius gratia cavetur, eo utetur, si volet; sin minus, non cogitur, *L. creditor. C. de pig. L. quamvis, D. de pig. act.* Quod tamen de distrahendo pignore dixi, quomodo temperandum sit Ulpianus docet, *L.* 6. *de pignor. actio.*

## CAP. XII.

### Qui potiores in pignore habeantur.

*Transitio ad plures habentes eandem hypothecam; et de istorum prærogativa.* I.

*Cum res eadem pignori data est pluribus, interest an simul, an vero diversis temporibus.* II.

*In priori specie, concurrere omnes in hypotheca; quot modis hæc pluribus detur, et simul; et quid juris in singulis.* III.

*In posteriore obtinet regula, ut prior tempore, potior sit jure; posterius hoc explicatur.* IV.

*Hoc jus quid valeat, consequentium inductione ostenditur.* V. VI. VII. VIII. et seqq.

*Contrariis occurritur; et* L. si qui 28. D. de jur. fisc. exponitur, IX.

*Prior esse intelligitur in hypotheca, qui et pecuniam credidit prior, et simul hypothecam obtinuit; quid si non concurrat utrumque.* X. XIII.

*Convenerit autem de hypotheca pure aut in diem, perinde esse.* XI.

*Si hypothecæ conventio, aut debitum vicissim cui illa accedit, a conditione pendeat, atque interim alii res pignori data; utri et quæ noceat, aut prosit adjecta priori conditio.* XII. XIV.

*Quibus in casibus posterior tempore, potior sit tamen in hypotheca.* XV.

*De dotis hypotheca, an hæc prioribus tempore creditoribus sit potior, etiam expressam habentibus hypothecam.* XVI.

I. Jus creditoris in pignore quodnam esset, vel ad retinendum, vel ad persequendum vel ad distrahendum, unde illi satisfiat, satis diximus. Quo jure si nulli alii eadem res obligata fuerit, solus sine controversia utetur. Nunc si forte pluribus eadem res pignori data erit, ne mutuo se se impediant, dum singuli hypothecam ad se avocant, de iis ut erat propositum, videndum est, utrumne inter omnes concurrant, an alii aliis præferantur, et sint potiores. Quod si qui potiores sunt, sequitur etiam, ut quid juris sequentibus relinquatur, et quatenus confirmetur, cognoscendum sit. Atque hoc demum loco, cum de omni jure creditoris exposuissemus, de prærogativæ ordine tractandum fuit. Necesse enim erat ante, illud constitui, jus aliquod creditoris esse in pignore, et id quodnam esset intelligi, quam in eo jure qui quibus potiores essent quæreretur.

II. Cum ergo pluribus eadem res pignori datur, refert utrum simul pluribus obligetur, an separatim diversis temporibus.

III. Si simul data est, concurrere omnes in hypotheca certum est. Alius enim alium in jure pignoris non prævenit. Sed hoc non uno modo accidit. Nam aut ita datur hypotheca, ut singulis in solidum obligetur; aut ita, ut in partes æquas; aut simpliciter data est, nec aliud nominatim actum est. Si in solidum omnibus data est, omnium par in eo conditio est, ut si quidem singuli adversus extraneos agant, in solidum Serviana utantur; si concurrant, partes concursu faciant, ut de pluribus legatariis traditum est, quibus singulis eadem res in solidum legata fuit. Cæterum, inter ipsos si quæstio moveatur, possidentis melior erit conditio, ut scribit Ulpianus *L.* 10. *D. de pignorib.* non quod hic velit disparem esse conditionem eorum, sed quod ex jure certo, etiam in pari caussa potior est caussa possidentis. Sin autem id actum est, ut pro partibus res obligaretur, cum divisum sit inter creditores pignus, res expedita est, non plus singulos, quam partem dimidiam aut vindicare aut possidere posse. *d. L.* 10. *de pignor.* Quod si nihil in utranque partem dictum est, magis est ut non in solidum, aut partibus æquis, sed pro quantitate debiti pignus et vindicare et possidere possint. *L. si fundus*, §. *si duo D. de pig.* ut si fingas duobus eundem fundum pignori datum, quorum uni centum, alteri ducenta debeantur; in tres partes fundus dividetur, ex quibus duas feret cui ducenta debentur, alter unam, cui centum, nimirum pro portione. Nam quæ ratio est unius ad duo, eadem est centum ad ducenta, nempe dupla. Atque hæc ita sunt, si pariter duobus pluribusve res pignori sit obligari.

IV. Sin separatim id factum est diversis temporibus, certum jure ultimo, quod et a me initio, edicto comprehensum est, eum jure potiorem esse, qui prius hypothecam accepit. Et hoc est quod dicitur, qui tempore prior est, jure esse potiorem, *L.* 2. *L.* 3. *C. eod. tit.* Merito. Nam si huic ab initio ita res pignori data est, ut solus in ea re jus pignoris haberet, sequitur ut rem eandem alii postea pignori dando, debitor creditoris in eo conditionem deteriorem facere non possit non magis quam alienando, *L. distractis*, *L. seq. C. de pig.* Jure potiorem sic accipimus, jure creditoris; non ut sequentibus res obligata non sit, sed ut prior creditor, sive cum aliis agat et hypothecam vindicet, eam auferat; sive possideat et cum eo agatur, exceptione tutus sit: sive rem vendat, Prætor emptorem adversus omnes tueatur. Hoc enim jus creditoris erat in pignore, ut antea diximus, *L. creditor* in prin. *h. tit. L.* 3. *D. de distr. pignor.* Generaliter autem, et sine distinctione jus ita conceptum est, eum jure potiorem esse, qui prius hypothecam acceperit.

V. Quibus verbis declaratur, quocunque modo pignus in persona creditoris constitutum sit, eum esse potiorem, qui in eo accipiendo prævenit. Quare nihil intererit, conveneritne de pignore inter debitorem et creditorem, an pignus authoritate ac jussu magistratus occupatum fuerit, vel ex caussa judicati captum, an lege res pignori esse cœperit, *L. si et jure. h. tit. L.* 2. *L.* 4. *C. eod.*

VI. Sed nec illud dubitari debebit quin is, secundum supra scriptam regulam, cui generaliter bona obligata sunt, eo potior sit cui specialiter aliquod ex iis bonis pignori datum est. Non minus enim generali oratione res singulæ obligantur, quam si de singulis specialiter convenisset. Erit potior, inquam ita, non ut illi de bonis debitoris prius satisfieri debeat quam secundo, de quo nemo ambigit; sed potior in illa ipsa re vindicanda et distrahenda, quæ specialiter pignori data erat, quamvis ex cæteris rebus pecuniam suam redigere possit, *L.* 2. *h. tit.* Nisi forte primo, quædam res specialiter obligatæ sunt; et præterea, nisi eæ sufficerent, in eandem caussam cæteræ omnes generaliter, ex quo genere deinde secundo creditori quædam specialiter pignori datæ sunt. Nam hoc casu, quandiu primo crediturі de rebus specialiter illi obligatis satisfieri poterit, secundo creditori in cæteris non præferetur. Non quod secundum creditorem velimus esse potiorem, contra regulam superiorem, sed quod deficiente conditione sub qua cæteræ res generaliter obligatæ erant, jam non illi, ut quis dicat alium illo dici potiorem, sed soli secundo obligatæ intelliguntur. Nam, etsi secundus creditor nullus esset; tamen, si secundum conventionem priorem, ex rebus specialiter obligatis ei satisfieri posset, cæteras res generaliter obligatas vindicare non posset, *d. L. h. tit. L.* 2. *C. de p g.*

VII. Neque vero is est cui generaliter bona obligata sunt, præferetur ei tantum, cui postea aliquid ex iis rebus specialiter pignori datum est, sed etiam ei cui postea eodem modo bona generaliter obligata sunt, in iis quoque rebus quæ post utranque obligationem quæsitæ sunt *L. ult.* in princ. *hic.* Quod tamen secus videri potuit, propterea quod qui duobus quanvis diversis temporibus bona sua quæ habiturus est, obligat, una eademque conditione

ambobus obligat, si quid illi acquiretur. Cum ergo post utranque obligationem aliquid illi quæsitum fuerit, eodem tempore in utriusque persona pignoris conditio extitit, et ex eodem tempore utrique res obligari videtur. Ex quo efficitur ut in hypotheca concurrere debeant, non autem alter alteri anteponi. Sed quod eodem tempore conditio extitit, nihil ad rem pertinet. Si separatim res obligatæ sunt, quamvis eadem conditione, dicemus eum qui cum prius convenit, secundo esse potiorem, quia eum conditio extitit, perinde haberi debeat, ac si eo tempore quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. *L. prior hoc tit.* Ex quibus intelligi debet quod a Marcello ita scriptum est *L. itemque §. ultim.* hoc titu. *Si tibi quæ habiturus sum obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero, concurrere utrunque in pignore*, de duobus accipiendum esse, quibus eodem tempore ita res suas debitor obligarit. Nec quisquam putet, nullam hoc dubitationem habere, quod dicamus eos hoc casu inter se concurrere, cum eodem tempore et eadem conditione debitoris res obligatæ essent. Hoc erat quod in specie proposita dubitationem faciebat, quod in bonis debitoris quæ tibi obligata sunt, illa ipsa pecunia erat, unde prædium Titio obligatum postea emptum est. Hoc igitur est quod quæri potuit, videaturne prædium quod ex pecunia soli tibi obligata emptum est, ejus pecuniæ caussam sequi. Et Marcellus huic dubitationi occurrens ait, non multum facere quod de suo nummos debitor dedisset, quippe eum res ex nummis pignoratis empta, non sit pignori ob hoc solum quod pecunia obligata erat.

VIII. Ut nihil refert quod genus pignoris prius acceptum sit, ut qui prævenit posterioribus præferatur, ita qui sint qui posteriores contraxerunt, nihil retulerit; sed generaliter jure potior erit qui prior tempore fuerit. Ita etiam fisco præfertur qui prius cum debitore fisci contraxerit, quamvis privatus, *L. si pignus, hoc tit.* Et quo modo privatus cui generaliter omnia bona obligata sunt, omnibus aliis sequentibus potior est, non tantum in iis rebus quas, tempore prioris obligationis contractæ, debitor habuit, sed etiam in iis quas post priorem obligationem acquisivit; ita etiam fisco in eadem caussa præfertur, ut diserte a Scævola scriptum est in *L. ul.* in princ. *hoc tit.* Nam illud extra controversiam erat, privatum fisco præferri in iis quæ debitori quæsita erant, ante quam cum fisco contraheretur. Quæ autem postea acquisita essent quam cum fisco contractum est, dubitari potuit an, quia fiscus ante venisset quam ea privato obligata essent, utpote nondum debitori quæsita, ideirco ei anteponi deberet. Nunc autem hanc dubitationem sustulit Scævola, aperte definiens privatum cui generaliter bona futura obligata sunt, in iis omnibus quæ postea acquisita essent, fisco esse potiorem; et addidit nominatim, ne quis dubitationi esset locus, præferendum, donec debitum suum universum esset consequutus.

IX. Ergo jam contrarium esse quidam putabunt, quod in *L. 28. D. de jure fisci* Ulpianus ita scribit: *Si qui mihi obligaverat quæ haberet habiturusve esset, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea quæsita fiscum potiorem esse debere, Papinianum respondisse. Quod et constitutum est: prævenit enim caussam pignoris fiscus.* Nimirum illa verba *cum fisco contraxerit* sic accipiunt: cum fisco contraxerit, posteaquam mihi obligaverat quæ haberet, essetve habiturus. Unde ad illam distinctionem confugerunt, ut si quidem bona debitori quæsita essent post priorem obligationem, veruntamen antequam cum fisco contraheretur, in iis prior creditor fisco præferatur ex Scævolæ sententia. Sin quid postea acquisitum tum sit quam cum fisco contractum est, in eo fiscus quanvis postea contraxerit, potior sit, quia in eo acquisitionem ejus prævenit, et ideo etiam pignoris caussam Quæ distinctio aperte superiore illo responso Scævolæ refellitur, qui primum creditorem, in omnibus quæ postea quæsita sunt, præferri ait, donec universum debitum suum consequatur. Nisi forte putamus in exemplo Scævolæ Sejam creditricem priorem fisco præferri, propter favorem caussæ ex qua pecunia debebatur, quia ex tutela Titius debitor ei condemnatus erat. At neque jam pecunia illa debebatur ex caussa tutelæ, sed judicati; nec si in ea caussa ullus esset favor, ideo pignus illi constitueretur, ubi sua conventione nullum haberet. Postremo, cur Seja præferatur fisco, non in eo caussam Scævola esse vult, quod pecunia ex illa caussa deberetur, sed quia prius hypothecam accepisset, in quam deinde, novatione facta, conventione successisset. Sed profecto nihil hic contrarium est. Nam in responso Ulpiani, verbum illud *contraxerit* non futuri temporis est, sed præteriti; ut sit sensus: Si qui mihi obligaverat quæ haberet habiturusve esset, cum fisco contraxerit, id est jam ante contraxerit quam mihi obligaret quæ habebat: hoc casu Ulpianus id confirmat quod de privato ante diximus, ut si fi-

sco bona omnia generaliter obligari cœperint, is omnibus sequentibus præferatur, quibus omnia bona eodem modo obligata sunt, etiam in iis rebus, quæ postea quæsitæ sunt, quia fiscus pignoris caussam prævenit, tametsi privatus rerum acquisitionem præverterit. In quo Ulpianus jure privati fiscum uti ostendit. Cur ita accipi illud verborum debeat, et ratio Jurisconsulti qua utitur, manifeste declarat, et illud in primis, quod de hac sententia constitutum esse dicit. Ratio hæc est: Prævenit enim caussam pignoris fiscus. Prævenire caussam pignoris nihil aliud est, nisi prius caussam pignoris occupasse, ut in illo accipiendo, tempore prior esses. *L. 2. C. qui pot. in pign. hab.* Quod si fingeremus postea debitorem cum fisco contraxisse, illud dicere possemus furtasse, utrunque in pignore concurrere, quia ex eadem conditione utriusque res futuræ obligatæ essent tam primo creditori, quam fisco; illud nequaquam dicere, nisi absurde possemus, fiscum prævenisse primum creditorem, cum illi multo ante bona illa generaliter essent obligata. Quod autem constitutum id esse ait, constat hoc jus rescripto Antonini de fisco constitutum esse, ut præferatur in ea caussa, cum prius debitor cum ipso fisco contraxit, eadem illa ratione qua Papinianus utitur, quia fiscus prævenit pignoris caussam. Extat rescriptum, *L. 1. C. de privileg. fisci;* ut appareat vel illam esse constitutionem, qua intelligit Ulpianus id esse constitutum, vel ei juri et rationi tunc solum locum esse, cum fiscus ante contraxit. Sed si fiscum solum præferri dicemus secundo creditori, cum prius cum illo contractum est, quæ tandem potuit afferri dubitandi caussa cur non deberet, cum esset prior? Eadem quæ in privato. Nam, cum et fisco generaliter bona debitoris pignori obligata sunt, et secundo creditori manifesta conventione, id est ambobus eadem conditione, si quæ postea quæsita essent debitori; dubitari potuit an, si quid post utranque obligationem quæsitum esset, fiscus et privatus in eodem concurrere deberent, an alter alteri præferri. Et quidem multo justius in fisco, cui tacite bona debitoris obligantur, non manifesta aliqua conventione. Et quemadmodum in privato, sic in fisco cum quo prius contractum est, Ulpianus ostendit fiscum præferri, non concurrere; ideo quia prævenit hoc quoque casu pignoris caussam. Cur ergo ait præferri fiscum in re postea quæsita, cum hoc sensu in omnibus aliis jam quæsitis, et quidem multo magis præferatur; nisi quod hoc ostendere voluit fiscum in re tantum postea quæsita esse potiorem, in cæteris quæ ante contractum ejus acquisitæ sunt, non esse; ideo quia fingere debemus alium creditorem prius contraxisse, et ob id eum præferendum in rebus antea acquisitis? Nullum vero hoc argumentum est eum privato prius contractum esse. Ideo enim de re postea quæsita tantum dicit Ulpianus, etiam tum, cum prius fiscus contraxit, quia de ea quæ post utramque obligationem quæsita est, sola erat dubitatio, cum ejus acquisitionem secundus creditor antevertisset, atque ita videri posset ipse quoque, quanvis posterior, pignori caussam in ea prævenisse.

X. Solum ergo hoc jam relinquitur ut videamus quis prior hypothecam acceperit. Et si in hypotheca omnique pignore quod consensu contrahitur, præterquam, quod rem in bonis debitoris esse necesse est, etiam illa concurrere debent, ut et de pignore convenerit, et ei pignus datum sit qui pecuniam crediderit, cui quid debeatur, (nam sine principali obligatione cui pignus accedat, pignus nullum est) dicendum est, eum quem potiorem esse volumus, non solum hæc facere debuisse aliquando ut hypothecam habeat; sed etiam necesse esse ut prius utrunque fecerit, ut potior sit iis quibus eadem res pignori data est. Hoc enim exigimus ut prius hypothecam acceperit, et in ea accipienda, quibus modis accipitur, cæteros prævenerit. Quid ergo, si primus creditor qui sine hypotheca credidit, aliquanto post hypothecam quidem accepit, sed post secundum qui utrunque fecit? Dicemus hunc in hypotheca esse posteriorem, quia hypothecam postea conventione acceperit, *L. creditor §. si primus. h. tit.*

XI. Satis est autem de hypotheca ante convenisse, vel pure vel in diem, ut sequentibus quibus eadem res ante diem forte obligata est, potior sit. Obligationis enim in diem conceptæ dies statim cedit, *d. L. creditor, §. si primus, L. qui balneum. hic.*

XII. Unde num idem probandum sit, si ante de hypotheca convenerit sub conditione, et pendente conditione eadem res alii pignori data sit, ac deinde postea conditio extiterit, dubitari potest. Et si quidem ea conditio fuit hypothecæ, quæ nisi volente debitore impleri non posset, dicemus non tempus obligationis contractæ esse spectandum; sed id quo conditio extitit, quod cum postea factum sit, posterior creditor in hypotheca prior, et ideo etiam potior erit. Cujus rei exemplum hoc est apud Cajum expositum, in *L. potior. §. si colonus. h. tit. Colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata,*

*pignori essent*, in quo inest conditio, si inducantur, si nascantur. *Antequam inducat, alii rem hypothecæ nomine obligavit, tunc deinde eam in fundum induxit; potior erit*, inquit, *qui specialiter pure accepit, quia non ex conventione priori obligatur, sed eo quod inducta res est; quod posterius factum est*, et quidem voluntate ejus: quoniam nisi vellet, neque induceretur quicquam, neque nasceretur. Quod si ea fuit conditio quæ invito etiam debitore existere posset; utemur in hac re Africani et Caii regula, ut quoniam jam a principio in ea caussa res esse cœpit ut, volente debitore, jus pignoris in ea re vitari non posset, potior sit prioris caussa: scilicet ut eum semel conditio extitit, perinde habeatur ac si illo tempore quo pactio interposita est, sub conditione facta esset, *L. qui balneum, L. potior D. hoc tit.*

XIII. Quid, si e converso prius convenerit ut res alicui pignori essent quo tempore nondum pecuniam crediderat, quam post secundum creditorem qui hypothecam accepit, credidit? Consequens est hunc quoque secundo esse posteriorem, quia non ante res illi pignori esse incipiat, quam cœperit ei pecunia deberi, *d. L. potior, hoc tit.*

XIV. Hinc de eo quæsitum est cui quid sub conditione debetur, non quod pignus, si quod ei datum sit ante quam conditio extiterit, illi teneatur (initio enim effectum est non teneri), sed hoc quæritur, si conditio existat, utrum nunc primum creditor esse incipiat, an vero jam ante a principio contractæ obligationis fuisse intelligatur. Quorsum id? Quia, si ante quoque creditor fuit, et illi pignus datum est, quamvis pendente conditione alii eadem res pignori postea data sit; is tamen potior erit, cui sub conditione debebatur, Si non fuit creditor, is erit potior qui, prius quam existeret conditio, pecuniam credidit, et in eam caussam pignus accepit. Et est in hac re illa distinctio a Jureconsultis magno consensu usurpata et tradita, quod facile varia eorum responsa quæ in hac quæstione versantur his titulis, declarant, quam eandem paulo ante, in eo qui hypothecam sub conditione accepit, tenendam esse diximus; ut si cautione interposita in ea caussa debitor esse cœpit, ut obligationem sua voluntate depellere non posset, quæ ex eventu penderet; conditione eveniente, non nunc demum obligari intelligatur, sed retro ex eo tempore quo res primum sub conditione contracta est. Sin ea conditio fuit, quæ invito debitore impleri non posset; ut fuerit in potestate ejus obligationem suscipere aut non suscipere; ibi ex eo tempore et principalis obligatio et pignoris contracta videatur, ex quo debitoris voluntate conditio impleta est. Utrumque optima ratione. Est enim obligatio juris vinculum, quo necessitate adstringimur. Vere igitur dicetur eum jam principio fuisse obligatum, cui jam inde liberum non fuit a contracto recedere; nec efficere ullo modo quin teneretur. Contraque in quo hæc necessitas non est, perspicuum est ex eadem definitione hunc non obligari: ut de eo responsum est, qui pecuniam accepturus, eam se redditurum promisit cum accepisset, et jam tum pignus in eam destinavit, *L. qui balneum. L. potior, hoc tit. L. Titius, D. quæ res pig. ob. poss.* Prioris autem generis cum alia multa exempla sunt, tum illud præcipue notandum est, quod apud Papinianum hic extat *L. 1. Qui dotem*, inquit, *pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote accepit. Subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuæ quantitatis numeratio impleta est.* Quæsitum est de pignore. In hac hypothesi, prius quam longius progrediamur, duo observanda sunt, quibus observatis, nihil negotii erit quale sit quod Papinianus respondet et cur ita respondeat judicare. Primum est, maritum in specie proposita, dote sibi a socero constituta, dotis debitorem fuisse, sed debuisse sub conditione. Fuit enim hæc obligatio ut, soluto matrimonio, dotem hanc redderet cum accepisset. In quo inest hæc conditio, si modo accepisset, si ei enumerata esset; nam ita reddere debet, si acceperit. Alterum observandum est, pendente adhuc ea conditione, maritum eandem rem pignori alii dedisse, quo tempore scilicet nondum dos tota marito numerata erat. Quid igitur in hac specie respondet Papinianus? Socerum qui dotem promiserat et pignus ante acceperat, secundo creditore cui pendente conditione eadem res obligata, esse potiorem. Cur, eum ante sub conditione debuerit, et fieri potuerit ut dos non numeraretur? quia non ea fuit conditio sub qua maritus dotem restituere debuit, quæ non nisi volente illo impleri potuerit. Non enim fuit in ejus potestate dotem non accipere cum numeraretur, ut nisi vellet, eam restituere non cogeretur. Imo vero ut non offerretur, ultro tamen petere eam debuit. Esset hoc in potestate ejus, si ipsius solum commodum in ea re ageretur. Nunc autem mulieris commodum in ea re versatur, quam indotatam esse non convenit. Unde, si quid per maritum factum sit quo minus dotem haberet, semper illi, quasi accepisset, tenebitur. Hoc significat Papinianus

illis verbis: *nec dici potest in potestate ejus esse ne residuam pecuniam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.*

XV. Cum hoc generaliter definiamus, qui prior est tempore, potiorem esse jure, et ratione juris certa efficiatur; interdum tamen qui posterior est, prior habetur. Mitto eum cui voluntate primi creditoris res pignori a debitore datur, *de quo in L. creditor, §. si tecum, h. tit.* Nam, cum hoc consensu primi creditoris jus illius in pignore solvatur, secundus creditor non tam potior in pignore dicendus est, quam solus. Dicimus etiam primi creditoris jure perseverante, et sine ejus voluntate, posteriorem generaliter potiorem habendum esse, cujus pecunia factum est ut salva esset pignoris caussa. Quo in numero sunt qui crediderunt quod ad rem reficiendam aut conservandam impensum est, et id sine quo res salva non esset, *L. interdum. L. seq. h. tit.* item ii quorum pecunia res empta est, quibus iisdem, ut pignori esset, specialiter statim convenit, *L. licet C. eod. tit.* Quod si quis quæret quomodo fieri possit ut res quæ nondum empta est, aliis prius pignori detur a debitore, id tom fieri sciat, cum res aliena sub conditione datur, aut res fuit ipsi qui pignus dabat, debita. Quo casu, dominio debitori postea quæsito, pignus confirmatur in persona ejus cui tum datum est; etsi alii postea detur, ille cui prius datum est, potior est, extra quam si secundus ita pecuniam credidit ad eam rem emendam, ut simul de hypotheca conveniret, *L. 3. §. 1. hoc tit.* Idem dicendum est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata, quanvis nihil nominatim convenerit ut pupillo in eam caussam obligata esset, *L. Idemque h. tit*, quoniam ante diximus, quod ex nummis pupillaribus emptum est, id tacite pupillis pignori esse, *L. si servus, C. de serv. pign. dato manumisso.* Ergo quod cæteros potiores esse dicimus, qui ad rem conservandam crediderunt, sic intelligimus, si modo prius illis res fuerit specialiter obligata, sicut antea disseruimus, cum, quibus in caussis pignus tacite contrahitur quæreremus. Nam et eum potiorem esse dicimus, ex cujus pecunia res empta est, *L. 2. §. 1. hic;* et tamen hoc sic accipimus, si quidem ei in eam caussam res specialiter obligata sit, *d. L. licet. C. eod. tit.* Est autem æquissimum eum qui ad conservandam aut acquirendam rem credidit, priori præferri; neque enim dicet prior creditor injuriam sibi fieri, quod cum tempore prior sit, posteriori postponatur; quandoquidem absque ejus pecunia foret ut nullum omnino pignus nuoc haberet. Nunc autem ejus beneficio consequutus est, ut pignus haberet saltem post illum. Eodem jure in caussa dotis mulier habetur, quæ, præterquam quod tacitam hypothecam habet io bonis mariti ad dotem recuperandam, in ea caussa etiam omnibus creditoribus aliis, quanvis tempore prioribus, antefertur ex constitutione Justiniani in *L. ult. C. eod. titul.*

XVI. In quo magna dubitatio est, velitne eam Justinianus omnibus præferri, etiam quibus nominatim res pignori ante mulierem datæ sunt, an iis solum qui lege tacitam hypothecam privilegio habent. Nihil enim hac de re nominatim definit, sed generaliter potiora jura eam habere contra omnes mariti creditores constituit in pignore, *d. L. ult.* et *§. fuerat. Inst. de act.* quasi velit contra omnes sine exceptione. Sed melius est et æquius, eam sententiam accipi, ut mulier omnibus creditoribus quidem aliis anterioribus præferatur, verum iis tantum qui talem hypothecam habent qualem mulier, id est tacitam et privilegio legis, non aliis. Nam non iniquum est, quod privilegium lege alicui tributum est, id contrario jure certis de caussis adimi. Illud injuria non caret, quod jus creditor vigilando et cavendo sibi acquisivit, id ei invito auferre; et cuiquam jus suum adimere, quod in alium transferas, cum præsertim dicere soleamus jus vigilantibus scriptum esse, *L. Pupillus*, in fin. *D. quæ in fraudem credit.* Præclare vero illud in rescripto D. Marci quod extat in *L. 2. de iis qui sunt sui, vel alien. jur.* scriptum est: *dominorum potestatem in servos suos illibatam esse oportere, nec cuiquam hominum jus suum detrahi.* Hoc etiam mihi ex ipsa constitutione recte colligi videtur. Sic enim scribit, mulierem potiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Bene anterioris temporis privilegio, ut intelligamus præferri debere iis creditoribus qui privilegio in hypotheca utuntur, id est qui jus pignoris ex beneficio legis sibi vindicant, ut fisco, ut pupillo in tutoris bonis, ut cæteris de quibus antea diximus. Iis autem qui aperta conventione et diligentia sua pignus acceperunt, non præferri, quia ii suo jure hypothecam habeant, non privilegio. Sed haud scio an hoc pene diserte expresserit Justinianus in *Novel. 97. de æqual. dotis. §. his consequens,* ubi ita scribit: Scimus, nonnullas hypothecas ex privilegiis a legibus ipsis concessis tempore posteriores cum sint, vel antiquioribus creditoribus præferri, nempe cum quis pe-

cunia sua effecerit ut vel navis ematur, extruaturve, aut reficiatur, vel forte domus exædificetur, vel etiam ager comparetur, aut aliud quiddam. In omnibus enim hisce, posteriores creditores quorum pecuniis res vel comparatæ vel renovatæ sunt, potiores sunt iis, qui vel multo antiquiores existunt. Ac deinde, re in quæstionem vocata, ad extremum subjicit, mulierem nulli ejusmodi privilegio cedere debere. Postremo, in hac creditorum prærogativa, illud tenendum est, inter plures creditores, quorum alii hypothecam sibi ex tabulis privatis vindicant, quæ Græci ἰδιόχειρα appellant, alii ex publicis, potiores esse eos qui instrumentis publice confectis nituntur, quam qui privatis, nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem contineantur. Idque Leonis constitutione effectum est, quæ extat sub *eod. tit. C. L. penult.*

## CAP. XIII.

### De Jure posteriorum creditorum.

*Posteriores creditores habere jus pignoris, eoque adversus alios, præterquam priores creditores uti posse.* I.

*Posteriorum jus confirmatur prioribus remotis; et quibus ii modis removeantur.* II.

*Secundus creditor pignus sibi confirmat, si pecuniam primo offerat; et quid ex eo consequens.* III.

*Exceptio.* IV.

*Quomodo in locum creditoris succedat extraneus.* V.

*Rem tribus pignoratam non uno tempore si tertius per hypothecariam avocarit a primo, nihil agit, nisi et adversus secundum obtineat.* VI.

*Quid si secundus adversus tertium obtineat, et deinde adversus secundum primus; an hic iterum superabitur a tertio; et quod huic incommodo remedium.* IX.

*Illustratur* L. Claudius 16. *D.* qui potior in pign. vel hypoth. VII.

*Et vindicatur a contrariis.* VIII.

I. Quis cui in pignore præferatur diximus. Restat, ut de jure posteriorum creditorum, sicuti proposuimus, ordine cognoscamus. Et constat eos nihilominus pignus habere constitutum; quam ob caussam et pignus vindicare possunt ab alio quovis possessore et avocare suo jure. Sed tum scilicet nihil juris habere intelliguntur, cum res inter ipsos, et priores creditores agitur, *L. creditor §. si simpliciter D. qui pot. in pig.*

II. Hoc ergo nunc quærimus, quando posteriorum jus ita confirmetur, ut nihil priores obstent. Id quoque edicto a me pauceis comprehensum est; ut scilicet, priore remotó, deinceps sequentibus loco fiat suo ordine. Remotum priorem creditorem sic accipimus, quocunque modo illius obligatio quo nomine pignus ei tenebatur, sublata est, sive solutione, sive compensatione, sive novatione, sive quo alio modo sublata est, *L.* 4. *L. creditor*, §. 1. *D. qui potior. in pignor.* Necesse est enim quocunque modo illo dimissus sit, accessiones quoque liberari. Et omnino quæ de his modis dicemus, quibus pignus vel hypotheca solvitur, hue poterunt omnia recte transferri.

III. Atque hinc efficitur, ut in potestate sit creditoris secundi sibi sua voluntate pignus confirmare, puta si pecuniam primo offerat, *L. quærebatur, eod. L. ul. C. de iis, qui in prior. creditor. loc. successer.* Hac enim re non solum creditor, sed etiam quivis extraneus id assequitur, ut pignus a quocunque liberetur; cum sit in potestate cujusque pro debitore solvendo, eum etiam ignorantem et invitum liberare. De qua re proximo capite pluribus a me, ut suo loco, dicetur. Hic autem illud notandum est, si quid tale acciderit, ut secundus creditor primo solveret confirmandi pignoris sui caussa, non solum exinde rem illi in suum debitum teneri, sed etiam in debitum primi creditoris, et usuras quas creditori priori solvit, quanvis invito debitore, quasi in locum prioris successerit, *L. creditor, §. sciendum, D. eod. L. secundus, C. de pign. L. ult. C. de iis, qui in prior. credi. loc. succes.*

IV. Superioris regulæ una est exceptio, si non is qui pecuniam creditori solvit, in jus ejus successerit, aut creditor ipse novatione facta in locum suum. Nam qui in locum primi creditoris successit, in ea quantitate quam illi exsolvit, ejus jure utetur; cæterisque quibus ille, itidem et hic præferetur, *L.* 3. in prin. *L. Claudius* versic. *plane, D. eod. L.* 2. *C. de iis, qui in prior cred. loc. succes.* Hoc amplius, et quod ex sua persona facere non potuit, qui in prio-

ris locum substitutus est, ex illius persona facere poterit, quia illius jure utatur, non suo. Finge tertium creditorem qui distrahere pignus non potuit, quoniam id actum erat, priori solvisse pecuniam sic, ut in ejus locum succederet. Ex ejus persona pignus distrahere posse incipiet, *L. Aristo, D. quæ res pig. dari poss.* Creditor autem in suum locum, sive potius in pristinam obligationem succedere intelligitur, qui hac lege priorem obligationem novat; ut in sequentem obligationem eadem pignora sibi teneantur, *L. creditor, §. Papinianus, L. ul.* in prin. *hic.*

V. Sic extraneus in locum creditoris succedit, non cujus pecunia ad creditorem primum pervenit, quamvis ita dederit, ut ex ea creditor dimitteretur; sed qui nominatim hac lege dedit, ut idem pignus sibi obligaretur, et in prioris locum succederet. Neque enim jus pignoris nancisci debet qui ipse de pignore nihil convenit. *d. L. Aristo, D. quæ res pig. obli. L. 1. C. de iis, qui in loc. prior. cred. suc.* Eodem loco habetur, et qui a debitore comparavit, aut ab eo pignori accepit, pecunia numerata ea lege, ut pecunia ad creditorem perveniret, et pervenit: hoc enim perinde habetur, quasi res ab ipso creditore empta, aut pignori accepta esset, eum eodem modo pecunia ad illum ex hac conventione pervenerit, *L. 3. C. de iis qui in prio. cred. loc. suc. L. qui a debitore, L. creditor, §. a Titio, D. hoc tit. Ad L. Claudius, D. qui pot. in pig.*

VI. Hujus autem juris rationem habemus in eo exemplo explicata, quod tractatur a Paulo sub hoc *tit. in L. Claudius*, de quo pauca dicam, non tam quia locus, si ad superiorem regulam referatur, difficilis sit, quam quod vulgo quæstio perplexa existimetur. Tribus creditoribus diversis temporibus eadem re pignori data, primus adversus tertium hypothecaria egit, ac judicio victus est. Secundus an adversus tertium agere possit, cum quo nihil ante actum est, an vero hic quoque a tertio superari debeat, quæsitum est. Priori remoto, secundo locum esse constat. Sed, etsi maneret primi obligatio, ordine tamen secundus prior, et ideo etiam potior est. Ita nisi quid aliud contra affertur, quæstio sublata est.

VII. Sed hæc sunt, quæ pro tertio dicuntur, quæ quæstionem faciunt. Primum a tertio in hypotheca superatum esse convenit. Secundum igitur ab eodem vinci necesse est; vel quod cum tertius primum vicerit, in locum ejus successisse videatur; vel quod si primum conditione, id est exceptione expulit, multo magis debeat secundum, qui primo inferior est. Paulus, sine præjudicio prioris sententiæ, totum jus secundo integrum relinqui putat, eumque suo jure adversus tertium posse experiri. Adversus autem ea quæ pro tertio afferuntur, ita disputat, ut ostendat neque illum in jus primi successisse; neque quia primum exceptione repulit, ideo secundum removere debere. Non successit in jus primi creditoris tertius creditor: quia eum excludendo nihil juris eum habere vindicandum potius ostendit, et se suo jure ad excludendum uti; qui si in illius locum succedere vellet, illum potiorem locum habere concederet, quo nunc ex persona illius uteretur. Quod si faceret, omnino illum judicio non vinceret, quod nunc fecit. Id significat Paulus illis verbis quæ in extremo ponit; *igitur nec tertius creditor successit in ejus locum, quem exclusit.* Multo minus hoc sic recte colligitur; quia tertius primum exceptione summovet, ideo etiam præjudicio ejus sententiæ usus, secundum removebit. Neque enim quod primus victus est, id secundo obstare debet, cum ille vel negligentia sua vinci potuerat, vel injuria judicis, vel exceptione aliqua propria quæ inter primum et tertium locum haberet, puta pacti inter eos interpositi, aut transactionis, aut jurisjurandi delati, quorum nihil ad secundum pertineret. Aut si hoc admittemus sententiam secundo nocere, quæ adversus illum dicta non est, consequens erit etiam secundo eam prodesse posse, secundum quem nullo unquam tempore lata est. Finge, inquit, secundum creditorem sine controversia adversus tertium obtinuisse, deinde primum creditorem qui a tertio victus fuerat, adversus secundum experiri. Eadem exceptione secundus nunc utetur. Dicet enim: ego tertium in hypotheca vici, a quo prius victus es, multo igitur magis a me vinci debes, qui tertium ipsum superavi. Ita fiet, ut secundo huic sententia prosit eodem argumento, quæ tamen illum nulla ratione attingit, quod absurdum est; ergo et id unde sequitur. Denique sic jus est, res inter alios judicatas aliis neque prodesse, neque nocere debere. Hæc Pauli sententia est. Ex qua conficitur, primo creditore remoto, secundum adversus tertium hypothecam vindicare posse, quia illi in jus primi successerit; si successisset, etiam secundo potiorem futurum.

VIII. Erit tamen quem illud fortassis moveat, quod dicitur: si vinco vincentem te

multo magis vinco te. Quo argumentu Scævola ntitur in *L. de accessionibus*, §. 1. *D. de divers. et temp. præscr.* Sed hoc dictum nihil ad hanc rem nunc pertinet. Male namque generaliter ita concipitur, cum suo loco idonee maxime, et vere diceretur. Sane enim adversus te obtinere debeo, cum eum vinco qui te vincit, si hunc vincentem te, ob eam ipsam caussam vincam, propter quam tu etiam ab illo superaris. Indeque si isto sensu accipiatur, generaliter recte definietur. Ut in hoc ipso exemplo trium creditorum, si invertatur, facile intelligi potest. Nam si primus vincit secundum; multo magis adversus tertium obtinebit, qui secundo adhuc inferior est; ideo quia primus secundum vincit, ob id quod illo prior est. At hæc caussa multo magis adversus tertium locum habet, qui etiam secundo posterior est. Unde recte colligitur, multo magis primo esse posteriorem. Nunc autem ea ratio in specie proposita cessat. Tertius enim creditor ideo primum vincit, non quia illo prior est, sed quia aut ille de jure suo non docuit, aut aliqua exceptio illum, quanvis cæteris priorem, removit. Nihil horum secundo objici potest. Unde nihil mirum est, si primus a tertio illis de caussis vinci potuerit, secundus autem iisdem de caussis vinci non possit, quæ in eo nullæ sunt. Et ne multa: cum de victore agitur, caussa vincendi spectanda est. Ea si in utroque victo eadem est, quam caussam ille unum vincit, ob eandem etiam alius recte vincetur, vel quod eadem hoc, vel quod etiam major ratio est. Sin erunt caussæ dispares, nullo modo ita recte colligetur, quia unus victus est, quia alio potior erat, etiam hunc vinci debere. Argumentum enim a comparatione majorum ducitur, quæ comparatio in iis nulla est, qui caussis et ratione disjunguntur. Ex quo apparet quam inepti sint qui, hac notione prætermissa, rationem invenire conantur quomodo dictum illud, distinguendo, ab objectionibus variis tueantur.

IX. Ut ad rem redeam, tertius hic creditor, de quo in proposita specie agitur, qui nulla de caussa primum vicit, quæ cum secundo communis esset, poterit sine præjudicio illius sententiæ a secundo conveniri. Poterit ergo et secundus a primo; quia, ut nihil debet nocere secundo creditori res inter alios judicata, ita nec ei adversus primum prodesse debet. Hoc modo eveniet, ut secundus a tertio pignus avocet, et primus a secundo, tertius autem deinde a primo quem ante vicerat, et rursus secundus a tertio, et deinceps per circuitum inexplicabilem res ducetur. Adversus hoc incommodum una cautio est in secundo, ne a primo conveniatur, si illi pecuniam offerat. Cum autem ad primum redierit, quo minus tertio satisfacere debeat consequi non potest, quanvis quidam putent, illum a tertio amplius conveniri non posse, cum semel rei judicatæ satisfecit, hypothecam tertio restituendo, a qua deinde ille excidit; quod falsum est. Semper enim tertius hypothecam tanquam suam vindicabit a primo; si primus eam sibi prius obligatam esse dicet, tertius replicatione utetur, si non prius inter nos judicatum est, me esse potiorem. Si dicet se rei judicatæ satis fecisse, cum nunc adversus eam facere velit, non audietur. Ipse enim se refellit, *arg. L. Sed et si possessori*, in prin. *D. de jurejurand.*

## C A P. XIV.

### Quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur.

*Rerum continuatio et ordo.* I.

*Pignus liberari tribus modis: (obiter qui sint)* II.

1. *Solutione pecuniæ a quocunque facta.* III.

*Non autem oblatione, nisi facto testato et solemniter.* IV.

*Et quidem solutione pecuniæ totius, non partis, etiam si plures sint res pignori datæ.* V.

*Nisi eædem fuerint in summas diversas obligatæ.* VI.

*Item satisfactione; quid hæc; qua de re et quibus modis fiat; et quid a solutione differat.* VII

2. *Consensu et voluntate creditoris, modo de ea constet, vel per consequentiam, et quomodo.* VIII.

*Exponitur* l. debitum 5. Cod. de remis. pign. IX.

*Item conjectura voluntatis, alienatione jam secuta, et ea ex creditoris voluntate.* X.

*Aut etiam ex illius consensu pignore alteri dato.* XIV.

*Alienatum consentiente creditore pignus, etsi ad debitorem redierit, illi non potest amplius reviviscere.* XI.

*Creditor qui alienari pignus scivit, nec alienationi intercessit, non illi videtur consentire.* XII.

*Præterquam in nonnullis caussis, et quare in istis.* XIII.

3. *Soluto debitoris jure, et eo necessaria alienatione, non voluntaria* XV. XXI. XXII.

*Ideoque nec usucapione.* XVI.

*Licet præscriptione longi temporis creditor summoveatur, et pignoris persecutio fiat inutilis.* XVII.

*Fructus obligati predii, etsi de iis ut pignori essent convenerit, possessor b. f. perceptos et consumptos lucratur; et quare.* XVIII.

*Creditor utili Salviana pignus avocare ab eo potest qui usucepit; et debitor rursus a creditore pignoratitia.* XIX.

*Quid si ab usucapione dominus illud idem a debitore repetat; an hic adversus illum defendere possit.* XX.

I. Cum sit pignoris persecutio eo usque donec pignus manet, id autem certis modis finiatur, hoc jam solum restat, ut quibus modis id accidat, dicendum videatur. Tres fere sunt res, quibus pignoris obligatio maxime sustinetur; si obligatio principalis subsit, cujus nomine cautionis loco pignus detur; si creditor, cujus caussa id comparatum est, pignus esse velit; si jus aliquod sit debitoris in ea re quæ pignori datur, quia nemo plus juris ex alterius persona sibi sumere possit, quam ille habet cujus jure utitur. Totidem modis accidit, ut una aliqua ex his rebus sublata, necessario pignus liberetur.

II. Igitur et liberatione debitoris pignus liberatur, et consensu creditoris remittitur; et jure debitoris soluto, creditoris quoque in eo jus evanescit. De solutione obligationis et creditoris consensu, sive pignoris remissione illis verbis edicti cautum est, quæ etiam in edicto de pignoratitia actione proposita sunt: *si pecunia omnis soluta erit, aut eo nomine erit satisfactum, L. si rem, §. omnis, D. de pignor. act. L. item D. quib. mod. pign. L. ult. C. de luitio. pignor.* Solutio pecuniæ debitoris liberationem naturalem continet. Satisfactio tam eos modus quibus debitor voluntate creditoris dimittitur, quam consensum de pignore remittendo complectitur. Quare, si quod his verbis contineatur dixerimus, quid in his duobus modis insit, eadem opera intelligetur.

III. Solutione ergo pecuniæ pignus liberatur, et maxime. Hoc enim modo principalis obligatio naturaliter tollitur, invito etiam creditore, Idque proprie pignus luere est. Quo pertinet ille titulus in *C. de luitione pignoris.* Atque hinc effici iam ante diximus ut, quoniam unusquisque pro ignorante etiam et invito debitore solvere possit, *L. solvendo, de neg. gest.* possit etiam hoc modo unusquisque pignus liberare, cum pecuniam solverit. Cui consequens est quod Paulus scribit, eos qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei removeri solere, si qualiscunque possessor afferre debitum velit, *L. Paulus, §. 1. hoc tit.* Non quo quidquam juris possessor habeat ad rem retinendam, sed quod in hac actione de jure creditoris quæratur, quod removetur soluto pignore. Id autem solvitur pecunia exsoluta.

IV. Quid ergo si creditor pecuniam nolit accipere, cum offerlur? An quia per eum stat quo minus pecuniam accipiat, quasi con-

ditione impleta, pignus liberabitur? Nequaquam. Solutione enim ejus quod debetur et præstatione, non oblatione, liberatio nascitur, *L. qui. modis, tol. obl*, in prin. Verumtamen et in hac et in omni alia caussa, adversus creditoris injustam recusationem, ad liberationem debitoris una cautio est, ut illo recusante, pecunia testato oblata consignetur, et solemniter deponatur in publicum aliquem locum, id est in eum in quem idoneus judex de ea re aditus, deponi jusserit. Quo subsecuto et debitor scilicet liberabitur, et una pignus extinguetur, *L. neque, L. ult. C. de pign. act. L. acceptam, C. de usur.* Hoc vero nisi fit, neque debitor ipse neque secundus creditor, primo creditori pecuniam offerendo, quo minus pignus recte distrahat impedire potest, *L. 1, C. qui pot. in pig. L. si prius, C. de dist. pig. L. ult. C. debitorem vend. pignor. impedire non posse.* Plane si debitor aut secundus creditor, aut adeo quivis extraneus pignus possidebit, exceptio doli mali hypothecam persequenti oberit, si pecunia ei a possessore offeratur, cum per eum fiat quo minus ei pecunia solvatur, *L. potior, §. ulti. qui pot. in pig. hab.* Sed etsi debitor rem ad judicium revocet, et pignoratitia actione de pignore agat; hoc ipso recte aget, et vincere debebit, si pecuniam apud judicem offerat. Nam, cum edicto prætoris actio Serviana proposita sit hac conditione, cum omnis pecunia soluta erit; ei conditioni paritum intelligitur, si per creditorem stabit quo minus impleatur, *L. si rem, §. ult. L. aliena, §. si per creditorem, D. de pignor. act. L. acceptam, C. de usu. L. ult. C. de luit. pign.* Est enim certissimi juris, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset, *L. in jure, D. de reg. jur.* Proinde, si debitor ejus rei examinandæ caussa, arbitrum impetrarit quantum deberetur, et pecuniam attulerit, sive creditor non venerit sive venerit, et illi pecunia oblata erit, distractio pignoris impedietur, *L. si residuum, C. de dist. pig.* Cæterum, si is erit qui pignoratitia agere non poterit, aut debitor ipse rem in judicium non vocabit, pecuniæ oblatione nihil profecerit, ut ante diximus.

V. Sed pecuniam, quanta debetur, solvi oportet. Quandiu ad plenam solutionem aliquid deerit, pignus recte distrahetur, *L. quandiu, C. de distr. pign. L. ult. C. debitor, vend. pign. imp. non pos.* Hoc est quod Ulpianus, edictum de pignoratitia actione interpretans, ait omnem pecuniam exsolutam esse debere, ut nascatur pignoratitia actio, quæ tum scilicet nascitur, cum pignus fuerit liberatum, *L. si rem, §. omnis, D. de pign. actio.* Nec mirum videri debet, parte sortis soluta, pro parte nasci liberationem obligationis; ipsum vero pignus ne pro parte quidem liberari, quanvis res pignori data ejusmodi sit quæ recipiat divisionem. Res enim ipsa recipit divisionem, at non recipit pignoris liberatio. Habet enim, ex jure et edictu prætoris, liberatio pignoris hanc conditionem, si pecunia soluta sit. Et verum est solutam non esse, quæ tota soluta non est, *L. cui fundus, D. de condit. et demon.* Quo fit ut, quanvis plures res creditor pignori acceperit, non tamen cogatur ne unam quidem dimittere, nisi accepto universo, quantum debetur, *L. qui pignori, D. de pignor.*

VI. Sane, si in diversas summas res separatim obligatæ sunt, singulas obligationes jus quoque pignorum sequetur, ut una exsoluta, ea quoque pignora liberentur, quæ in eam summam obligata erant, *L. ult. hic.*

VII. Hæc de solutione. Quid sit satisfacere videamus, quandoquidem satisfactio pro solutione est. Satisfacere est, creditorem, pro eo quod a nobis petit, contentum dimittere, *L. 1. D. qui satisd. cog. L. 5. §. satis acceptio, D. de verb. oblig.* Qui igitur aliud pro alio cepit, ut ab obligatione recederet, vel sola promissione debitoris, aut grati animi significatione contentus, obligationem remisit, huic satisfactum intelligitur, eoque modo pignus liberatum est, *L. si rem, §. omnis D. de pig. actio.* Satisfit autem creditori aut de sorte, aut de pignore. De sorte, quibuscunque modis creditor debitorem dimissum velit, aut ipso jure, aut per exceptionem. Ipso jure, ut novatione voluntaria, ut acceptilatione, ut aliud pro alio accipiendo, et similibus modis, *L. solutum, in princ. et §. solutam, D. de pign. act. L. 1. §. ult. hoc tit.* Per exceptionem, ut si paciscatur a debitore, si jusjurandum illi deferat et ille juret. Ex quibus debitori nascitur, illic pacti exceptio, hic jurisjurandi, *L. solvitur*, in princ. et *§. ult. L. si deferente, eod.* Ac ne multis agam, una omnino in hac re regula tenenda est, quocunque modo debitor ea obligatione liberetur, in omnibus generibus accessiones quoque liberari, ut fidejussores et pignora, *L. in omnibus, de solu.* Nam, cum principalis caussa non consistit, extingui ea necesse est quæ accessionum locum obtinent, *L. cum principalis, D. de regul. jur. L. 1. L. 2. D. de pecu. leg.* Neque sane retulerit quo modo debitor liberetur ipso jure, an per exce-

ptionem, cum utroque modo vi ipsa id consequatur, ne a se peti possit, *L. nihil interest, de regul. jur.* De pignore autem satisfit creditori, cum aut alia pignora, aut fidejussor pro hypotheca quæ obligata est, dantur, aut adeo nuda conventione ab hypotheca discedit, *d. L. si rem*, §. *omnis*, *D. de pig. act.* Sed inter solutionem et satisfactionem hoc interest, quod qui paratus est solvere, pignus liberat; satisfactionem autem, puta satisdationem quæ offertur, vel alia pignora pro hypotheca nemo admittere cogitur. Contentus enim quisque non invitus, sed volens redditur, *L. item*, §. 1. *h. tit. L. quod si non, D. de pig. actio.*

VIII. Igitur, ut qui secundus erat modus distrahendi pignoris magis intelligatur, si distincte tradatur, sic habendum est: ut pignus consensu solo contrahitur, certe quidem contractum voluntate creditoris consistit. etiam si vel legitimum sit, vel prætoris authoritate occupatum; ita etiam consensu omne dissolvitur, voluntateque creditoris remittitur, *L. 2. C. de remis. pign.* Tantum de voluntate ejus constare satis est. De qua si aperte constet, nulla est dubitatio, ut quod nominatim pactus est, ne amplius res hypothecæ sit, *L. solvitur*, in prin. et §. 1. *hoc tit.* Verum ut aliud principaliter agatur. si id ejusmodi est, unde consecutione quadam intelligatur creditor de non retinendo diutius pignore cogitasse, nihil amplius ad liberationem pignoris requiremus. Itaque, cum proponeretur aliquando creditor debitorem suum, donationis caussa, de sorte liberasse, constaret autem donationem quibusdam modis inutilem fuisse, forte quod maritus uxori suæ pecuniam quam illa sub pignoribus debebat, donasset, manente etiamnum principali obligatione, pignus tamen voluntate creditoris solutum esse Papinianus respondit, *L. 1.* §. 1. *D. hoc tit.* Atqui de pignore nihil dixit creditor, neque porro propter principalis obligationis remissionem pignus liberabitur, quoniam illa remissa non est quæ inutiliter remissa est. De pignore creditor nihil dixit, ac ne egit quidem principaliter. Sed qui sortem donabat, apud se hoc animo et cogitatione fuit, ut nollet rem sibi amplius pignori esse, quia se principalem obligationem remittere putabat; qua sublata, consequens quoque esset ut pignus liberaretur. Hanc cogitationem de pignore amplius non retinendo, ad pignoris liberationem satis esse dicit. Non idem responsurus esset Papinianus, si creditor pacto inutiliter debitum remisisset, non sua voluntate, sed aut dolo inductus aut coactus metu. Ut enim hic pecuniam remittere noluit, ita nec voluit pignoris obligationem quæ ex illa pendebat. Itaque, ut de pecunia illi pactio non obesset, sic nec noceret de pignore.

IX. Hoc sensu recte quidam putant accipiendum esse rescriptum Gordiani, sub titulo *de remiss. pign.* cujus verba hæc sunt: *Debitum, cujus meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris, et usitato more pignora vindicare.* Quanquam enim rescripto nihil distinguitur quomodo pacti conventio inutiliter cesserit, an quod metu coactus esset creditor dolove circumventus, an quod donare voluisset, quæ donatio inutilis fuisset; tamen animadvertendum est, neque hoc rescripto neque aliis omnibus, generaliter jus edici, sed ad eam speciem de qua ex facto Imperator consultus erat, responderi. Jam vero non de omnibus caussis, in quibus debitum pactione inutiliter remitteretur, Gordianus consultus erat, sed de una aliqua caussa, in qua certo modo accidisset ut pactio inutiliter fieret. Quod cum incertum sit quomodo acciderit, rescriptum in eam sententiam accipiendum est, ut eo casu pactio intelligatur non valuisse, qui responso convenire potest. Quod ita fit, si is qui de debito remittendo paciscebatur, re ipsa non consentiebat. Illud autem absurdum est, eum qui sua sponte, nec deceptus, debitorem liberare voluerit, dicere pignus remittere eadem opera noluisse, aut cum remittere voluerit, consensu non liberasse.

X. Cum voluntatis significationem quamlibet ad liberandum pignus placeret esse satis, undecunque creditorem de eo remittendo sensisse vel per consequentiam appareret; hinc species liberandi pignoris per interpretationem voluntatis accepta est, ut si creditor alienationi pignoris consentiret, id est permitteret debitori pignus alienare, pignus eo facto liberari intelligeretur, modo ne salva pignoris sui caussa id faceret, *L. si debitor*, in pr. §. 1. *L. si consensit*, in pr. et §. 1. *L. sicut*, §. 1. 2. 3. 4. *L. Titius*, *L. Lucius D. hoc tit.* Scilicet hinc voluntatis conjectura facta est, quod nihil ad rem pertineret illum alienationi consentire, si res nihilominus, salva pignoris caussa, alienaretur. Nam alioqui, et sine consensu ejus, idem assequi debitor poterat. Verum hic modus nonnullas cautiones habet. Sic enim hoc consensu creditoris pignus solvitur, si etiam alienationis effectus secutus sit, idque secundum creditoris voluntatem. Nam aliter hoc non fit. Proinde, si res vendita non sit, sive ita vendita sit ut aliqua ratio juris venditionem impediret, pi-

gnus manchit, *L. sicut*, §. *si voluntate*, *L.* 4. in fin. *D. hoc tit.* Plus dicimus, etsi emptio postea resoluta sit utriusque consensu, pignus restituetur creditori, *L. voluntate*, *D. h. tit.* Unde si res vendita quidem proponatur; cæterum aut eam semper repertus sit possidere debitor, aut traditam postea recepisse, cum pretium illi solutum non esset, quia utroque casu suspicio est veram venditionem non esse contractam, sed speciem tantum venditioni quæsitam esse: Martianus putat creditorem rem vindicare posse; et si debitor dicet illum consensisse venditioni quæ sequuta sit, creditorem doli mali replicatione uti posse, *L. sicut*, §. *supervacuum D. eod.* Sed etsi alienatio sequuta sit, verumtamen non ita ut creditor consenserat, nihil ei nocebit alienatio. Id autem duobus modis accidere potest; uno, si non eodem genere alienationis alienata est, ut si cum vendere permisisset creditor, debitor donavit; vel contra altero, si ab alio possessore, quanvis eodem modo res alienata est, *L. sicut*, §. *sed si permiserit*, et § *si debitor*, *hic.* Non tamen semper accidit ut, uno genere alienationis permisso, si alio modo debitor alienet, contra voluntatem creditoris fecisse videatur. Sed hac in re facti quæstio versatur. Itaque generaliter ita definiendum est, si certa aliqua de caussa; unum aliquod genus alienationis creditor concessit, eo non sequuto, contra ejus voluntatem factum videri; ideoque alienationem ei non nocere, quoniam ejus intersit. Finge ideo vendere permisisse, ut pretio accepto, debitor habeat unde solvat; si debitor donarit, non nocebit consensus. E converso, si ille donare concessit, quia amicus erat is cui donabatur, debitor autem vendidit, creditori nihil oberit. Sin autem ita uno modo alienare concessit, quia a debitore sic petebatur, utrum autem hoc an illo modo alienetur ejus nihil intersit, quocunque modo res alienata fuerit, videbitur secundum ejus voluntatem alienata, eique alienatio nocebit, *L. sicut*, §. *sed si permisit*, *D. h. tit.*

XI. Adeo autem hoc consensu pignus tollitur, semel secuta alienatione pignoris, ut quanvis eadem res postea legitimo aliquo modo ad debitorem redierit, vendita puta, vel in solutum data vel legata vel donata, qua quidem ex re fraus omnis aberit, pignus semel extinctum non restauretur. De quo extat Justiniani constitutio in *L. ult. C. de remis. pigno.* In qua illud in primis notandum est, quod Justinianus sanxit rem eandem amplius creditori non obligari, ne si debitoris quidem bona obligata sint, tam præsentia quam quæ postea quæsita erunt, quorum tamen appellatione contineri videtur ea res quæ denuo creditori quæsita fuerit. Sed hoc ideo facit, quod ea res semel de illa generalitate rerum, voluntate creditoris exempta est.

XII. Ac quid sit juris, si creditorem alienationi pignoris consensisse intellectum est, hoc quæritur quando videatur consensisse. Eum quidem consentire certum est, cui cum a se, ut vendere liceret peteretur, aperte declaravit id sibi placere. Sed hoc ambigitur, an qui scivit rem alienari, vel quia admonitus a debitore, vel alio modo certior factus, non intercessit venditioni, nec emptori quicquam denuntiavit, videatur, quia scivit et passus est, hoc ipso consensisse. Et placet eum qui id faciat, non idcirco consentire videri, quia possit id ob eam caussam pati, quod suum jus durare intelligat, cujus deteriorem caussam ab alio, invito se, fieri non posse non ignorat, *L. sicut*, §. *non videtur*, *D. quib. mod. pign.*

XIII. Hoc tamen, cum in conjectura voluntatis positum sit, quibusdam in caussis eadem voluntatis conjectura, aliter receptum est. Nam in servo pignori dato manumisso, si sciente eo cui obligatus erat, manumissus sit, constitutum est manumissum jure, et consensu creditoris remissam videri pignoris obligationem, *L.* 1. *C. de remis. pign.* Id quidem libertatis caussa, vel quod libertas, cum omnium maxime favorabilis res sit, interpretatione potius adjuvanda fuerit adversus creditorem, quam ad exactum jus revocanda; vel quod creditor ei rei, tanquam favorabili, ipse quoque pro se favisse videatur, humanitatis jure potius, quam de suo jure adversus rem jam confectam retinendo cogitasse. Idem receptum est in his caussis, si, vel fisco sub hasta distrahente, creditores siluerunt, vel eo tempore quo prædium ab aliis creditoribus distrahebatur, publico programmate admoniti, cum præsentes essent, jus suum executi non sunt, *L. si hypothecas*, *L. si eo tempore*, *C. de remis. pign.* Quod tamen non tam eadem illa voluntatis opinione receptum est, quasi qui id fecerint, pignus sua voluntate magis amisisse credantur (quamquam hoc quoque existimari potest) quam ipsorum negligentia, quæ in his caussis ferenda non est. Nam neque hastæ fiscalis fides facile convelli debet, ubi sit quod creditori imputes, *d. L. si hypothecas*, neque temere audiendus est qui publico programmate admonitus a creditoribus, eos ipsos creditores, simul et emptores decipere voluit, cum ideo programma-

te illi uterentur ut, si qui essent ad quos ea res pertineret, existerent, et jus suum exequerentur. Quin potius hæc interpretatio adversus illos admittenda est, quasi jus suum remittere voluerint, ut illis silentium suum potius, quam adversariis noceat. Non idem probatum est, si debitor ipse rem proscribat, quia debitor quos creditores habeat ignorare non debeat, qui si vellet eos dimittere, nihil programmat uti eum oporteret.

XIV. Quod de eo qui alienationi consensit, diximus, et in eo probandum est qui consensit ut alii res pignori daretur, *L. Paulus.* 9. *L. Titius*, in fi. *D. hoc tit.* Genus enim alienationis est pignori dare. Itaque prohibita alienatione rei, hoc quoque interdictum intelligitur, ne res pignori detur, *L. ult. C. de reb. alien. non alien.* Atque, hoc modo sic consensu creditoris pignus solvitur, ut non adversus illum tantum tollatur cui concessit pignori dare, sed in totum perinde ac si id vendere concessisset. Unde si creditor consenserit ut res sibi obligata tertio daretur, non tertius in locum prioris successisse videbitur, quod futurum erat, si illi tantum ea res prodesset; sed jus secundi creditoris, ut si quovis alio modo soluta esset hypotheca, confirmatur. *L. Paulus D. hoc tit.* Plane si creditor se id in gratiam tantum ejus facere dixerit, cui res pignori obligabatur, non nisi adversus eum pignoris remissio creditori nocebit, ut est constitutum, *L. jubemus, C. ad Velleja.* Et recte. Nam et ante diximus, ita demum creditorem consentientem alienationi pignoris jus suum remittere intelligi, si non salva pignoris sui caussa consenserit. Quod eum facere apparet, qui in alicujus tantum gratiam pignoris obligationi consensit.

XV. Restat tertia ratio pignoris liberandi, ut quoniam nisi jus quod habet in re quaque debitor, pignori dare non possit; idcirco, vel ea re penitus extincta, vel eo jure soluto quod debitor in ea re habebat, jus creditoris extinguatur. Corpore extincto, nulla dubitatio est, *L. sicut, D. quib. mod. pign.* Est enim pignus in corpore, quo sublato, et ipsum jus tolli necesse est. Iure autem a debitore sublato, paulo major est quæstio; cum dixerimus actionem pignoris in rem esse, nec videatur creditoris jus, quandiu res et obligatio maneat, sine facto ejus amitti posse. Et hoc loco pluribus inculcandum est, quod paulo ante ubiter attigimus, alienatione debitoris voluntaria, jus creditoris amitti non posse, ne dici incipiat creditoris conditionem debitoris facto deteriorem constitui posse, *L. destructis, L. debitorem, C. de pignor.*

XVI. Quod si verum est, consequens fuit ut diceremus, nec usucapione perimi pignoris caussam. Quæ rursum alia juris regula est inde nata, *L. usucapio, C. de pig. L.* 1. *§. cum prædium, D. eod. tit.* Alienationis enim genus est usucapio, ut Paulus scribit ac vix est ut non videatur alienare qui patitur usucapi, *L. alienationis, D. de verb. sign.* Nec quisquam hoc admiretur, cum dicamus, per usum et possessionem legitimi temporis dominium ipsum amitti, pignus non amitti. Amitteretur enim una cum dominio pignus, si quidquam eum dominio conjunctum haberet, id est, si ejusdem esset pignus, cujus est dominium. At hæc nulla societate conjunguntur, planeque diversorum sunt. Quæ ratio ubique a Papiniano redditur, cum hanc regulam ponit *d. L.* 1. *§. cum prædium, D. de pignor. L. justo, §. non mutat, D. de usuc.*

XVII. Sane præscriptio longi temporis acquiritur adversus creditorem ei, qui pignus longo tempore bona fide possederit, *L. toto tit. C. si adver. cred. præs. opp.* Neque ideo tamen efficitur extingui pignoris caussam. Quamquam enim res immobiles non ante usucapiuntur ex constitutione Justiniani, quam longo tempore possessæ sint, id est decem annis inter absentes; et qui tandiu possedit, is creditorem pignus vindicantem præscriptione temporis summovet, non tamen propter usucapionem id facit, sed quia tandiu possedit. Nam, etsi res esset ejusmodi quæ usucapi longo tempore non posset, ut res pupilli, ut vi aut contra legem repetundarum possessa; tamen creditor, si eam tanquam pignori obligatam vindicaret, præscriptione temporis summoveretur, quia tandiu tacuisset, *L.* 1. *C. si adver. cre.* Jam vero si propter dominium usu acquisitum creditor exceptione summoveretur; etiam is exceptione tutus esset, qui rem mobilem triennio usucepisset, quia hic quoque dominium rei acquisivit; quod secus est. Quæ omnia declarant, si is qui usucepit, præscritione quoque temporis creditorem pignus persequentem removeat, non in eo caussam esse quod usu rem suam fecit, sed quod tandiu possedit. Quid, quod his verbis: præscriptionem longi temporis acquiri adversus creditorem: superior illa regula de usucapione confirmatur? Quod enim dicitur, usucapione pignus non perimi, hanc sententiam habet, non perimi ipso jure, quin pignoris persecutio relinquatur: non tolli, inquam, ut dominium dominio pellitur. Quod au-

tem dicitur præscriptione longi temporis creditorem summoveri, hoc significat, pignus quidem manere, et pignoris persecutionem; sed per exceptionem longi temporis inefficacem constitui, *L.* 1. *C. si adver. cre.* Quid enim aliud est præscriptio temporis, nisi temporis exceptio? *L. super longi, C. de lon. temp. præs.*

XVIII. Quod cum constet, mutatione dominii pignoris caussam non tolli, quia non in debitorem solum sit hæc actio, sed possessorem sequatur; inde dubitatum est de hujusmodi specie. Debitor, eum prædium pignori daret, nominatim ut fructus quoque pignori essent convenit. Id prædium postea distractum est ab eo qui dominus non erat, sive is debitor fuit, sive inscio debitore alius, et traditum est bona fide accipienti. Emptor bonæ fidei, quia non aliter secundum regulas juris fructus omnes lucratur quam si consumpserit, consumpsit, atque ita suos fecit. De his his nihilominus convenitur a creditore utili Serviana. Quæsitum est an eos restituere debeat. Quæ quæstio tractata est a Papiniano *Libr.* 2. *Respons.* et extat in *L.* 1. §. *cum prædium, D. de pignor.* Movet quæstionem, quod initio convenit ut fructus prædii pignori essent. Quod autem postea a bonæ fidei possessore acquisiti sunt, de pignoris causa nihil mutare videtur. Nam, si usucapione pignus non tollitur, nec fructuum perceptione aut consumptione quæ item species est acquisitionis, tolletur, et in totum alienatione ac dominii mutatione non tolletur, hoc enim superioribus omnino consequens est. Sed Papinianus respondit bonæ fidei emptores hoc casu fructus consumptos, nempe hoc modo sibi acquisitos (nam, ut dixi, omnes fructus tunc acquiruntur, cum consumpti sunt, *L. quæsitum in fi. de acqui. rer. do.*) restituero non cogendos. Nec obstare quod usucapione pignoris caussa non perimitur. Ideo enim usucapione pignus non tollitur, quia ante usucapionem pignus constitutum fuit. In fructibus dissimile est, quia nunquam debitoris fuerunt, id est, quia nunquam pignori obligati fuerunt. Quod enim convenit ut pignori essent futuri fructus, ad pignoris obligationem non est satis. Requiritur præterea, ut sint in bonis obligantis. Quod cum in proposito non acciderit, dicendum est, eorum fructuum perceptione, non tam pignus creditori tolli, quam nullum pignus unquam fuisse. Unde colligitur, quoconque modo possessori fructus postea acquisiti sint, non posse vindicari eadem ratione, quia nunquam debitoris fuerunt. Quod eveniet, si debitor dominus fuit, et rem ipse obligatam vendidit. Quo casu parum retulerit an possessor, ante quam consumeret fructus, cognoverit rem pignori obligatam esse, an non; quia omnimodo fructus ejus fierent.

XIX. Sed cum diximus usucapione pignus non perimi, inde constat creditorem rem ab usucapione domino utili Serviana avocare posse. Hic duplex oritur quæstio; una, possitne debitor pignus receptum a creditore repetere ab eo pignoratitia actione; jam enim dominus non est. Rursum, pignus ab eo datum constat. Et certum est, posse; nam, etsi res aliena a principio pignori data esset, eam, soluta pecunia, debitor pignoratitio judicio recuperaret, *L. si in rem*, §. *is quoque, D. de pig. act.*

XX. Quoniam constat posse, sequens quæstio est, possitne dominus idem qui usucepit, eam a debitore auferre, an vero sit aliqua cautio, qua debitor adversus dominum defendatur. Dominum quidem esse eum constat qui suscepit, non debitorem. Sed movet quod creditor solus in pignore jus habet, qui jus suum in extraneum potuit transferre. Quod si fecisset, emptorem adversus omnes prætor tueretur. Quare quidem putant creditorem, ut in extraneum jus suum et hypothecariam actionem transferre potuit, *L. mulier, qui pot. in pig. hab.* sic etiam in debitorem posse, quia jam extranei sit loco. Sed verius est, creditorem in exteros quidem jus suum transferre posse, id est nomen, et una cum nomine accessionem, id est pignus et hypothecariam actionem; in debitorem autem non posse, quia non possit in eum transferre actionem personalem, ne incipiat diei ipsi debitori actionem adversus se cedi posse, quod absurdum est. Illud etiam absurdum, cum debitor, ea pecunia quam creditori dedit, liberetur, dicere eadem pecunia et nasci hypothecariam actionem et tolli. Tollitur autem accessio pignoris, cum principalis obligatio sublata est, *L. in omnibus. D. de solutio.* Alii igitur in hac re debitori consilium dant, ut rem apud creditorem insolutum relinquat. Sic enim fieri putant, ut neque debitor jam conveniatur qui rem non possidet, et tamen liberetur; neque creditor, quia quamvis rem possideat, ipse tamen jure creditoris potior sit eo, qui usucepit, ut diximus. In quo, judicio meo, valde falluntur. Nam isto modo pro uno incipient duo jam teneri, et debitor et creditor; Debitor, quia cum rem alienam in solutum dedit, vendidit, *L. eleganter* in prin. *D. de pig. act. L.* 4. *C. de evict.* cum autem vendiderit, domino utili negotiorum gestorum actione

tenebitur, si res domino vindicari non possit; idque et responsum et constitutum est, *L. mater*, *C. de rei vindi. L. rescriptum* §. 1. *D. de distr. pignorib.* Creditor quia rem possidet: nec ad rem pertinet quod creditor jure pignoris dominu potior est. Hic enim, nec jam creditor est cui satisfactum est, nec pignus manet, pecunia soluta, quia fieri non possit ut, principali obligatione sublata, accessio non liberetur, *L. in omnibus D. de solutio.* Relinquitur igitur, nullam esse rationem justam quæ, pecunia creditori soluta et pignore jam liberato, actione suam domino auferat, quanvis, manente pignore, creditor dominio præferatur. Quæ omnis, de jure creditoris in re pignori data usucapta, disputatio nobis ex eo nata est, quod pignus recte contractum, postea alienatione debitoris, eoque nec usucapione extingui posuissemus.

XXI. Nunc ad rem revertemur, breviterque de amissione pignoris deliniemus. Cum semel res optimo jure cœperit esse debitoris, et eo pacto, ut non nisi voluntate ejus amitti possit, aut non nisi ab eo in alium transferri: nunquam ea amissione jus creditoris tolletur, quia non possit, actione in rem semel illi jure constituta, debitor vitio suo aut opera conditionem ejus facere deteriorem. Sed est cum debitor res quasdam in bonis habeat certa lege et conditione, puta quandiu aliud aut illud factum non erit; qua conditione finita, res ei sua lege auferatur. Id si accidet, jus quoque creditoris solvetur necessario; quia nihil amplius juris debitor ipse habuerit, quam ut, illa conditione non existente, rem retinere. Hoc in pignore, pignoris itemque in nomine, ut notioribus exemplis utamur, facile intelligi potest. Quia enim pignus hac lege tenetur, si pecunia debeatur; si id pignori secundo creditori datum sit, pecunia ei soluta, qui obligavit, pignus quoque secundi solvitur. Ista ratione, si debitor fundum vectigalem quem habebat, pignori dederit, ac deinde is in exsolutione vectigalis cessaverit, cum ei fundo lex dicta esset, ut si post certum tempus vectigal solutum non esset, ad dominum rediret; non solum secundum legem fundus ad dominum redibit, sed soluto jure debitoris ex ea caussa quæ pignoris obligationem antecesserit, et invito rem auferat, jus quoque pignoris sua sponte evanesceret, *L. lex vectigali, D. de pign.* Idem in superficie pignori data dicemus, si vectigal solarium non pendatur, *L. etiam, D. qui potio. in pig.* Sed enim jus debitoris ex ea conditione solvi necesse est, quæ ab eo qui rem in debitorem transtulerat, invito debitore exerceantur.

XXII. Quod si ea conditio fuit, ut nisi debitor velit, res ab eo recedere non possit, et et si forte in eo conditione sua utatur, jus tamen pignoris facto ejus non finietur. Ad quod significandum, hæc exempla sub hoc titulo posita sunt, *L. 3. et 4. D.* fundus ita distractus est: fundus Tusculanus tibi emptus esto tot aureis, nisi alius intra calendas proximas meliorem conditionem attulerit; mox traditus, ab emptore, ante quam melior conditio afferretur, pignori datus est. Meliore conditione postea allata, nimirum pignus finietur. Nam et res, secundum legem venditionis, emptori aufertur. At idem fundus si ita venditus sit, ut si displiceret, redderetur, ac postea pignori ab eo emptore datus, ab eodem redditus sit, aut quia pestilens erat, redhibitus; pignoris causa non extinguetur. Quippe nulla necessitate debitor rem a se dimittere cogebatur, tametsi expediebat. His expositis, nihil quod ad caussam et jus pignoris cognoscendum necesse sit, prætermissum puto.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# COMMENTARIUS DE JUDICIIS DIVISORIIS

## CAPUT I.

*Rerum exorditio: res nostras pro quibus obtinendis laboramus esse in duplici genere; quæ sint.* I.
*Communes res obtinendi, tanquam proprias, ratio duplex; aut facta communi dominorum consensu divisio.* II.
*Quæ seu traditio, seu stipulatio interposita consequuntur.* III.
*Aut divisio in jure facta; quæ de ea re sint instituta judicia.* IV.

I. De rebus nostris obtinendis duobus modis laboratur. Est enim aliquid quod nostrum proprie sit: est quiddam ita nostrum, ut sit etiam cum aliis commune. De eo quod nostrum et proprium est, id agitur ut nobis restituatur: ut si quis teneret, et de jure nostro nobis controversiam faciat. De rebus communibus hoc; ut, etiam si socius rem nobis communem fateatur esse, res a communione eximatur; sic res divisa, nostra propria efficiatur.

II. Quarum rerum obtinendarum caussa duæ sunt actiones, ac prius illud vindicationibus consequimur, de quibus dictum est. Posterius et consensu eorum, inter quos res communis erat et sine consensu propriis actionibus. Quæcunque divisio rerum communium dominorum consensu facta est, nisi ætatis auxilium interveniat, rata est, sive nullo judicio suscepto, ultro res inter se diviserint, sive de suscepto maluerint rem inter se dividere, quam judicis sententiam exspectare, *L. non ideo, Cod. hoc titul. L. ultim. D. eod. L. si i*[illegible]*r* 3. *C. commun. utr. jud.*

III. Sic tamen, si divisionem hanc traditio rerum secundum placitum divisoris secuta sit, aut interposita sit stipulatio, *L. si divisionem, C. eod.* d[illegible]minium rerum sine traditione dominii in servum transferri non potest, *L. traditionibus, C. de pact.* ut secundum conventionem res tradatur agi potest. Sed ut agi possit, stipulatione efficitur, non pacto nudo, *§. de constituta Inst. de actio. L. juregentium, §. continuo de pact. L. legem, C. eod.* Ita fit illud quod Hermogenianus finivit, divisionis placitum, nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, tanquam nudum pactum nulli prodesse poterit, *L. divisionis, D. de pact.*

IV. Si res inter eos, quibus res communis est, convenire non potest, quæcunque res erit, judicia sunt quibus ad divisionem ultro provocemus, et quod volumus consequamur. An ergo, quæcunque communio nobis cum alio intercedat, etiam facto nostro et voluntate suscepta? Nihil refert, cum nulla ratio sit cur alius re nostra aut beneficio nostro, ultra quam nobis videtur, utatur; nemo ad communionem retinendam cogi debet, ne si id quidem convenerit ne a societate discederetur, *L. si non sortem, §. si centum, D. de cond. indeb. L. si convenerit, §. 1. D. pro socio, L. in hoc judicio, §. si conveniat, D. com. divid.* adde discordias quas materia communionis solet excitare, dum vel et re curanda et oneribus ferendis, vel fructibus rei et obventionibus percipiendis, unusquisque non potest sibi persuadere æquam se ferre oneris vel lucri partem, *L. cum pater, §. dulcissimus, D. de leg.* 2. quibus discordiis utilis est in primis mos prospectum esse. Judicia hujus rei caussa duo prodita, unum de rebus universis, sive

de hæreditate communi, familiæ erciscundæ; alterum de rebus singulis quibuslibet, communi dividundo; quæ ita nominantur, quasi dicas judicium ad familiam erciscundam, judicium ad commune dividendum, quoniam bis judex ad hasce res utatur: bia finitum est judicium, quod dicitur finium regundorum, quo non agitur quidem de re communi, veruntamen illud ut, quemadmodum in illis ab incertitudine communionis, ita hic ab incertitudine finium discedatur; quibus despectis, habeat quisque quod deinceps suum certo queat dicere; neque vero aliud prioribus illis agebatur.

## CAP. II.

### De Judicio Familiæ erciscundæ, et quæ in eo quærenda sunt.

*Cujus rei gratia judicium erciscundæ familiæ institutum.* I.

*Rerum tractandarum partitio.* II.

I. Judicio familiæ erciscundæ agitur, ut inter quos hæreditas communis est, inter eos dividatur, *L.* 1. *D. eod. L. bona, C. eod.* Hinc familiæ erciscundæ, ut sit, hæreditati dividendæ, §. *quædam, Instit. de actio.* Erciscere est verbum antiquum, quo lex duodecim tabularum in hac re usa est, pro dividere. Familia autem hæreditatem et bona significat, ut in illis verbis ejusdem legis: agnatus proximam familiam habeto: id est, hæreditatem, *leg. pronunciatio*, §. 1. *D. de verb. sig. L. ultim. C. de verb. sig.*

II. Hic cum usus sit hujus judicii, ad naturam ejus percipiendam, video hæc tria necesse esse quæri: primum, ubi recte hoc judicio agatur; deinde judicio, constituto, quid in judicium et divisionem ejus judicii veniat; postremo, quæ sit earum rerum, pro potestate et officio judicis, communicatio et divisio.

## CAP. III.

### Ubi recte hoc judicio agatur.

*Rerum continuatio et subdivisio.* I.
*Judicium hoc agitari inter heredes.* II.
*An, cum negat adversarius eum qui hic agit, heredem esse, de utraque re possit hoc uno judicio cognosci; et quomodo distinguendum.* III.

*Et quando hic hereditati præjudicium fiat, aut secus.* IV.
*Si eum quocum agitur, constet post acceptum judicium non esse heredem, judicium nullum esse et inane, re integra.* V.

I. Recte hoc judicio agi intelligetur, tuncque locum habebit, cum et inter eos agetur inter quos oportet, et de ea re de qua oportet; ut inde et persona eorum, inter quos agitur quærenda sit, et res de qua agitur; adde et quo tempore agi liceat; quod tamen ex cognitione rei quæ peti potest, nascitur.

II. Inter hæredes nimirum hoc judicio agitur. *L.* 1. *D. eod.* §. *quædam, Inst. de actio.* Ergo hæredi competit ad divisionem hæreditatis provocanti. Quid si hæreditatem non possideat? Prius est ei, ut rei dominus sit, quam de divisione rei agat; et fortasse non videbitur dominus rerum hæreditariarum ante factus esse, quam earum possessionem nactus fuerit. Sed inter omnes convenit, simul atque alicui hæredes facti sumus, (quod fit sola aditione) omnium rerum dominium et jus ad nos transire, etiamsi nihil possideamus, *L. cum hæredis, D. de acq. poss.* Quare ad accipiendum familiæ erciscundæ judicium, possideat quis hæreditatem nec ne, nihil interest, *L.* 1. *L. hæredes*, §. *quantum, D. eod.*

III. Quid si hunc adversarius hæredem esse neget? utrum familiæ erciscundæ nihilominus recte aget, ut unum hoc judicium sufficiat, in quo ante quæritur hæres sit nec ne qui agit? an vero prius hæreditatem petere cogetur, ut faciunt quibus fit controversia hæreditatis; sic deinde hoc probato hæredem esse, familiæ erciscundæ agitare poterit, ut hoc modo non nisi duobus judiciis, idest duabus interpellationibus, duobus judicibus, duplici denique opera res transigatur? de hac re est distinctio Caii, *L.* 1. *D. eod.* ad hanc sententiam: ut recte hoc judicio agat qui negatur esse cohæres, si aut partem suam possideat, aut eo non possidente, proponatur nihilo plus adversarium possidere, ut tamen judex apud quem

agit, prius cognoscat an cohæres sit. Quod si neque partem suam possideat qui agit, et ab eo negetur qui suam possidet; usitata exceptione removeri posse, sive actione quæ adversus eos comparata est, qui præjudicium hæreditati faciunt, ac si in ea re de qua agitur, præjudicium hæreditati non fiat, de qua *in L. divus* in fin. *de petit. hæred. L. ult.* in princ. *C. de pet. hæred.*

IV. Quod ergo præjudicium hic potius fieri dicamus, quam cum is qui agit, nihil possidet, ut et is qui provocatur? Quod scilicet is qui possidet, judicio familiæ erciscundæ partem præstare cogatur ei qui nihil ante habuerit, ut in more et forma possessionis rerum hæreditarium aliquid possessori imminuatur; quod futurum non est, si aut is qui agit possidet partem suam, aut neuter. Nam illic, si actor partem ex divisione capit, nihil incipit habere quod ante pro indiviso non habuerit; hic aliud quidem actor capit, sed et is cum quo agitur tantum ex divisione accepturus est, ita ut ei nihil detrahatur, cum nihil ipse quoque possideret.

V. Quod si qui egit hæres non sit, finge post judicium acceptum id ei objici et constare; id moris futurum est, quod de eo cum quo agitur, mox dicturi sumus. Ergo, ut hæredi hoc judicium competit, ita et in cohæredes, *L.* 3. *C. eod.* Finge quod modo quærebamus, cum eo actum esse qui hæres existimabatur, re non erat; relinquitur, ut, quisquis hæres non sit cum quo judicium hoc acceptum est, nec judicium esse intelligatur, *L. cum putarem*, 36. *D. eod.* Itaque nec re integra adjudicari ei quidquam oportet, aut adversarius ei condemnandus est, *L.* 1. in fin. *D. eod.* nec si sententia condemnationis aut adjudicationis in personam ejus facta sit, ulla sit eo nomine judicati actio. Plane, si is qui condemnatus erat, aut rem tradiderit, aut ei solverit, non repetet, ut Paulus probat, *d. leg. cum putarem D. eod.* quod dicat, et si non sit judicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficere quod se putat condemnatum.

## CAP. IV.

### Qua de re agi oporteat.

*Hæreditatis qua de agitur, communionem, sive unius sive plurium, posse inter cohæredes tali judicio dirimi.* I.

*Idem juris esse, etsi hæreditatum aliqua non sit illorum uni communis; quæ sit istjusmodi species.* II.

I. Res qua de agitur, hæreditas est inter heredes communis. Quo loco oritur dubitatio, si forte plures sint hereditates, inter eosdem ex diversis caussis communes, possitne de omnibus unum judicium familiæ erciscundæ sumi, an vero necesse sit de unaquaque separatim agi? Quippe judicium familiæ erciscundæ dicitur, id est hereditatis dividendæ, non hereditatum; sed nihil nomen nos moverit, dum res eadem sit, et quotcunque sint hereditates, perinde habeantur ac si una esset hereditas quæ totidem ex rebus constaret; et heredes ex omnium divisione tantum consequuntur, quantum si separatim divisæ essent. Recte igitur placet, et de pluribus unum familiæ erciscundæ judicium sumi posse, *L. heredes*, 25. §. *de pluribus D. eod.* Quæ res facit ut neque pluribus interpellationibus opus sit, sed una, *arg. L. non potest. de jud.* Neque plures judices adire necesse sit; et si forte res uni ex una hereditate adjudicatæ sint, liceat alii coheredi vice mutua alias res quæ tantundem valeant, ex alia hereditate adjudicare, quasi de una hereditate judicium esset. Neque hoc injuriosum videatur, non tantum ex unaquaque hereditate unum ferre quantum alter, cum sint nomine et caussis separatæ. Esset injuriosum, si in hereditate dividenda, species rerum et corpora spectaremus, non æstimationem. Æstimationem vero et quantitatem spectamus, ut si rebus æstimatis, ad eandem quantitatem omnes ferant, officio judicis sit satisfactum.

II. Hoc posito, evenit quod prima fronte mirum videatur, ut cum aliquo familiæ erciscundæ judicium interdum instituatur de ea hereditate quæ non sit cum illo communis. Quod ita fiet, si mihi cum primo duæ hereditates sint communes, Titiana et Sejana, ex quibus una, finge Sejana, mihi cum eodem primo et secundo sit communis. Poterit enim de utraque judicium inter nos tres accipi, ut Paulus tradit *in L. heredes* 25. §. *si inter*, *D. eod.* quamvis

verum sit Titianam hereditatem ad secundum nihil pertinere. Sed hoc, illo admisso, consequens est; nemo enim negaverit inter me et primum, de Titiana et Sejana recte agi; nemo recte agi de Sejana inter me et primum, et secundum, quando hæc inter nos tres communis est. Quo fit ut de utraque inter nos tres recte agatur. Itaque, si fingas non omnes ex æquis partibus heredes factos esse, quoniam separatim Titiana inter me et primum in duas partes dividetur, Sejana inter me, primum, et secundum in tres; nunc, uno judicio de utraque suscepto, quinque partes fient, ex quibus unam secundus, ego et primus singuli duas auferemus. Sed ita de pluribus hereditatibus unum judicium sumi potest, ut liceat et de una duntaxat judicio experiri, *d. Leg. heredis*, §. *Item si plures, D. eod.*

## CAP. V.

### Quo tempore hoc agatur.

*Judicium erciscundæ plusquam semel agitari non potest; sed pro rebus singulis, casu aut errore indivisis, communi dividundo agi debet.* I.

*Non idem tamen juris, quoad res in commune relictas, in divisione privato consensu facta; et quare.* II.

*Contra Auctor sentit, si coheredes hoc animo hereditatem private diviserint, ut nihil relinquerent indivisum.* III.

*Quare alia, quæ et ipsa universalia videntur judicia, sepius agitari queant; et quod hujus ab illis discrimen.* IV. V.

*Caussa cognita, posse semel atque iterum agi judicio erciscundæ; et quæ hujus rei caussa idonea.* VI.

I. Tempus hoc judicio agendi quodvis vel tantillum ex hereditate commune erit, dummodo prius eodem judicio actum non fuerit, *L. 1. C. eod.* Quod si jam actum sit, utemur Ulpiani regula, familiæ erciscundæ judicium amplius quam semel agi non posse, nisi caussa cognita; ut si quædam res indivisæ relictæ sint, communi dividundo de eis agi possit, *L. si filia*, 29. §. *familiæ, D. eod.* Quod quidem ex genere hujus judicii efficitur; est enim, ut supra dixi, de hereditate inter coheredes dividenda. Rebus autem priore judicio divisis, quoniam id agebatur a judice, ut ab omni communione discederetur, neque quidquam indivisum maneret, *L. heredes*, 25. §. *Judex, D. eod.* non potest dici hereditas restare quæ inter coheredes dividatur, si de hereditate defuncti dividenda agitur, quæ non est; res quidem singulæ possunt; ideo communi dividendo agitur.

II. Quid ni ergo, objiciet quispiam, maxima parte hereditatis privato consensu divisa, dicamus de iis quæ relinquuntur, hoc judicio agi non posse, quia non sit ea hereditas quæ fuerit; quod tamen secus esse Imperator Severus et Antoninus rescripserunt, *L. 2. Cod. eod.* Quia, rebus aliquibus ab heredibus in commune relictis, apparet non hoc animo eos fuisse ut hereditatem dividerent, alioqui totum divisissent. Judicium familiæ erciscundæ non alia mente suscipitur, nisi ut hereditas dividatur; atque hoc ipsum a judice agitur, ne quid indivisum relinquatur, *d. L. heredes*, §. *judex D. eod.*

III. Quæ ratio me movet ut putem, si coheredes mutuo consensu ita ad divisionem accesserint, ut omnem hereditatem diviserint, et casu aut errore aliquid indivisum relictum sit, nihilo magis judicio familiæ erciscundæ de rebus relictis agi posse, quam si a judice ante hereditas divisa est. Et quod in *L. 1. C. eod.* scriptum est, judicio hoc agi posse, si non omnem paternam hereditatem divisisti, sic accipiendum videtur; si non sensu mutuo et cogitatione omnem divisisti, ut ad divisionem hoc animo accederetis, ut totam divideretis; alioqui non video, qui magis hereditas post divisionem a coheredibus factam relinquatur, quam post divisionem factam a judicibus, finge ei easdem res, eodem errore indivisas mansisse.

IV. Interim, potestate et fine hujus judicii cognitis, facile apparebit cur hoc judicio sæpius agi non possit quibusdam, cum eandem generalitatem petitionis habere videantur; possit sæpius, si forte priore quid omissum sit, quod in judicium non venisset. Ut puta, cum tutore judicio tutelæ actum est, et tutor condemnatus judicatum solvit; si eo judicio de aliqua specie tractatum non sit, quam adolescens ad tutelam pertinere dicat, non prohibetur iterum tutelæ de ea specie agere. *Leg.*

2. *C. de judic.* Nimirum quia tutelæ actio universitatem non persequitur, sed res quasvis ad caussam tutelæ pertinentes.

V. Judicio familiæ erciscundæ, nisi hereditas inter heredes communis sit, agi non potest. At hic exemplum petitionis hereditatis ex adverso occurrit. Etenim hereditatem sæpius peti posse constat, ut quisque videlicet rem hereditariam, quanvis minimam possidebit, et si nunc ideo absolutum sit, quia non possideat, iterum agi poterit, si cœperit possidere, *L. si a te L. si rem, D. de except. rei jud.* Cur non ergo et sæpius judicium familiæ ereiscundæ adversus eandem agi potest, cum in utrumque res eadem veniat, et passim hæc in rebus comparentur? *L. sed etsi lege*, in fin. *D. de pet. her. L.* 2. *D. hoc tit.* Quia inter utrumque hoc interest, quod petitione hereditatis, etsi is agit qui hereditatem, id est universitatem suam esse dicat; tamen cum eo agitur etiam qui rem unam possidet, de qua etiam controversia est. Judicium familiæ erciscundæ, quia ad hereditatem dividendam inter heredes pertinet, non nisi de una hereditate utrumque esse intelligitur.

VI. Caussa tamen cognita, sæpius agi posse dicimus. Caussam idoneam fere putamus, non si minor sit qui nunc iterum agit (quod ei denegatur, si in divisione prioris judicii non sit læsus, et in eo quod restat integra sit divisio) sed si quod restat commode dividi non possit, nisi uni adjudicetur; et quisquis erit cui adjudicabitur, pro eo vicissim alteri satisfacere non possit, sed necesse sit aliarum rerum quæ jam divisæ sunt, adjudicatione satisfieri. Necessitas divisionis nimirum faciet ut, priore judicio rescisso, quod plenum non fuit, novum instituatur, non de iis quæ supersunt, sed de omnibus, quo res omnis transigatur, adjudicationibus et condemnationibus non solum omnium personarum, sed etiam de omni re factis, *arg. in hac D. eod.* Quod si in id tantum quod superest dare velimus, idque ita possit, quanvis divisio prior non rescindatur, non video quo alio judicio, quam communi dividundo agi possit, cum non de tota hereditate, sed de una re aut certis judicium sit futurum.

## CAP. VI.

### Quæ res in hoc Judicium veniat ad divisionem.

*In judicium familiæ erciscundæ venire id omne quod est hereditarium; hoc venire quid.* I. *Quæ in bonis atque in jure defuncti sunt, enumerari singula.* II. *An res defuncto traditæ et quæsitæ ab heredibus usucapione ad hoc judicium pertineant, et quatenus.* III.

I. Nunc quæ res in divisionem hujus judicii veniant dicatur. Judicium est ad divisionem hereditatis, sive rerum hereditariarum comparatum, *L.* 1. *D. eod.* Nempe id demum in judicium veniet, quod sit hereditarium; si quid non sit, non veniet. Quamobrem, ut quid veniat aut non veniat intelligamus, res non in enumeratione plurium rerum posita est, quæ tam multæ, sine ullo ordine, his titulis recensentur; sed in generis definitione, quid sit hereditarium. Etsi hereditas recte definitur successio in jus quod defunctus habuit eum moritur, *L. hereditas, D. de regulis jur. L. nihil, D. de verb. signif.* dicamus licet, id esse hereditarium quod in dominio aut jure defuncti fuerit, quodque eo mortuo, rei hereditariæ beneficio ad ea bona accesserit. In dominio sunt quæ iis modis habita sunt, quibus dominia rerum acquiruntur: ad quam partem referre oportet exempla, quæ hoc titulo leguntur, columbarum quæ emitti solent, apum, quæ a fera bestia erepta, nec consumpta sunt, item rei sub conditione legatæ; quæ ideo potissimum proponuntur, quod de iis major dubitatio esset; cæterum, non alia ratione hæc in hoc judicium venire dicuntur, nisi quod illa in bonis fuerint defuncti, et nunc maneant, quandiu eadem conditione habeantur, *L.* 8. *§. idem, L. et post*, 12. *§.* 1.

II. In jure defuncti esse dico, quæ sunt in bonis; id est, quorum nomine possidens exceptionem, possessione amissa, ad ea recuperanda actionem haberet, *L. rem in bonis, D. de acquir. re. domi.* Cujus generis hæc sunt, prædia vectigalia et superficiaria, de quibus utilis in rem actio, *L.* 1. *si ag. vect. L.* 1. *de superf.* res bona fide possessæ, de quibus Publiciana, *L.* 1. *de public. §. namque. Inst. de act.* res pignori defuncto obligata, de qua hypothecaria actio est, *§. item Serviana, D. de actio.* Ideo has omnes res in hoc judicium venire legimus, *L. item prædia*, 10. *L. si pignori*, 29. *D. eod.* Quæ beneficio rei heredi-

tariæ accesserint, aut ab herede quæsita sunt, quæque ideo ut hereditaria in hoc judicium venire dicamus, hæc sunt. Quod fundo hereditario accessit, ut alluvione, *L. et puto*, 16. §. *id quod*. quod ex re hereditaria natum utentis est, ut partus ancillarum, animalium et prædiorum fructus, *L. partum*, 11. *D. eod. L. non est, C. eod.* quod servis hereditariis datum, quæsitumve est *L. et post.* 12. in pr. Quod judicio de divisione partis hereditariæ suscepto, heredibus amplius adjudicatum est, quoniam, propter partem hereditariam, consecuti sunt ut illis altera pars adjudicaretur, *L. Mævius*, 52. *D. eod. L. communi*, §. *si debitor, D. comm. divid.* Postremum quod ab ipsis heredibus quæsitum est, aut ex obligatione hereditaria, aut possessione defuncti; quales sunt res quæ heredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset, aut quas illi usuceperunt, cum defuncto traditæ essent, *L. veniunt*, 9. *D. eod.* Illud enim ex obligatione hereditaria natum est; hoc ex eo quo defunctus possedit, cujus ex persona accessione temporis heredes utuntur, §. *diutino, Instit. de usuc.*

III. De hoc genere posteriore dubitatur; propterea idem Paulus qui has usucaptas ab herede in judicium familiæ erciscundæ venire dicit, alio loco et in petitionem hereditatis venire negat, *L. et non tantum*, §. 1. *D. de petit. hered. Si pro emptore*, inquit, *usucapio ab herede impleta sit, non veniet in hereditatis petitionem, quia heres idemque petitor eam vindicare potest, nec ulla exceptio datur possessori.* Atqui, si in petitionem hereditatis non venit, non est hereditaria, *L. regulariter* et seq. *L. item videndum*, §. *ultim. D. de petit. hered.* Si hereditaria non est, ne in hoc quidem judicium veniet, in quo ipsæ et res hereditarias ad divisionem versari diximus, *L. ex hereditate*, *L.* 1. hoc mitto, quod passim hæc judicia in rebus persequendis comparantur, *L. sed etsi lege, circa finem, de pet. hered. L.* 2. in pr. *D. hoc. tit.*

IV. Mihi videtur, ut erit intentio et titulus heredis in re persequenda, cujus usucapionem implevit, ita eam hereditariam habendam esse aut non esse; illo modo in utramque judicium, id est et in petitionem venire hereditatis; hoc modo in neutrum venire, ne familiæ quidem erciscundæ. Si heredes ideo persequantur, quod a se usucaptam dicant, non videbitur hac ratione hereditaria, propterea quod hoc modo nunquam testatoris fuit. Sin ideo persequantur, id est quod et a defuncto habita possessaque est; id persequuntur quod fuerit testatoris, eoque et quod sit hereditarium; qua intentione proposita, non dubito, quin et in petitionem hereditatis veniat. Quod autem simpliciter negat Paulus has venire, sic accipiendum est, si modo heres, ut tales vindicet, id est ut a se usucaptas.

## CAP. VII.

### Peculia filiorumfamilias utrum in communionem hoc judicio veniant.

*Quæstio hæc in quo consistat.* I.
*Peculium castrense aut quasi ad hoc judicium non pertinere.* II.
*Item nec adventitium* III.
*Solum in collationem venire profectitium peculium.* IV.
*Contrariis occurritur.* V.

I. De peculiis filiorumfamilias crebra his titulis mentio, uti vel veniant in divisionem vel non veniant; quæ quæstio omnis in eo est, utrum peculium filii sit in bonis patris an non sit; quod si sit in bonis ejus, mortuo eo, sit hereditarium; si non fuerit, ne ex hereditate quidem sit patris, eoque tanquam proprium filii in divisionem hereditatis paternæ non veniat.

II. Et quidem peculium castrense, et quasi castrense constitutionibus proprium filiifamilias esse constat. Proinde, patre mortuo, nec dum fratribus commune est. §. 1. *Instit. quibus non est permissum facere testamentum, L.* 4. *C. hoc tit. L.* 1. §. *nec castrense, D. de coll. bonor.*

III. Peculium adventitium constitutionibus Justiniani ita in fructu patris est, ut mancipio filii sit proprium, *L. cum oportet, C de bon. quæ lib.* ob hanc caussam ab eodem constitutum est, ne id in collationem veniret, *L. ultim. C. de collation.*

IV. Restat quod a patre profectum. Id vero relictum esse constat ex omnibus, quod in patris bonis esset, §. 1. *per quas per. nobis acquir.* Idem videlicet, mortuo patre in hereditate patris, et ut cæteræ res hereditariæ in communionem eum cum cæteris heredibus veniet. Certum est autem Impp. Diocletiano et Maximiano, liberorum peculia, post mortem patris, in hereditatem dividendam ad communionem revocanda, *L.*

*certum*, 13. *C. hoc titul.* nempe quæ jure civili perinde in bonis parentum numerentur, ac servorum peculia in bonis dominorum, §. 1. *Inst. quibus non est permis. fa. test. L. placet, D. de acq. hered.*

V. At Imperatores de pecuniis liberorum generaliter loquuntur, neque ullum genus excipiunt. Sed quæcunque de peculiis filiorumfamilias dicta sunt, quasi ad patrem aut hereditatem patris pertinerent, semper in his peculium castrense et quasi tacite exceptum est; quasi nec proprie id peculium esset, in quo filiusfamilias pro patrefamilias haberetur: *nam peculium, filiifamilias peculium intelligitur, L. ultim.* in fin. *C. de inoff. test.* unde id genus ad verba superioris rescripti aut sententiam pertinere non intelligitur. Adventitium autem peculium, etsi proprie peculium fuit, et ad ejus rescripti sententiam pertinet; tamen ei constitutioni postea constitutio Justiniani derogavit, de qua modo dixi. Ita factum est posterioribus legibus, ut verba non nisi jam de peculio profectitio accipi queant.

## C A P. VIII.

### De donatione a Patre in filium quem in potestate habet; ecquid in hoc judicium veniat, seu, quod idem valet, utrum morte patris confirmetur.

*Donationem a patre in filiumfamilias collatam morte patris non confirmari; et nec in judicium ercisundæ vocari.* I.

*Contrariis occurritur; ideoque exponitur* L. Filiæ 18. Cod. familiæ ercisc. II, III.

*Itemque explicatur* L. donationes 25. Cod. de donat. int. vir. et uxor. IV. V. VI.

*Donatio a patre in filiumfamilias profecta, silentio non quidem morientis, sed emancipantis patris confirmatur; quæ differentiæ ratio.* VII. V.

*Cur, si non hæc patris in filiumfamilias donatio, nihilominus inter virum et uxorem morte donantis confirmetur.* VIII. IX.

I. Est autem profectum a patre vel maxime, quod pater filio donarit et, quod idem est, ita in filium contulit, ut separatum a suis bonis et rationibus esse vellet. Quod si ita est, neque donatio ea inter patrem et filium consistet, quod et certo jure receptum est, *L. 1. D. pro donat. L. 2. C. de inoff. dona.* quoniam nemo sibi donare potest; et donatione infecta, cum rem in bonis patris mansisse constet, consentaneum fuit, ut patre mortuo res donatæ filii præcipuæ non essent, sed in communionem vocarentur. Quod ne quis dubitet, aut diversum hic aliquid dici putet ab eo quod de peculio supra diximus, audiat quid iidem Imperatores de donatione patris rescripserint, quorum *L. 13. C. de collat.* hæc verba sunt: *si donatione tibi post mortem patris quæsisti fundum, soror tua portionem ejus vendicare non potest. Nam si is filiæfamilias constitutæ tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra jura postulas.* Hactenus rescriptum Imperatorum, ex quo intelligitur nec donationem in filium collatam morte patris confirmari, ut filiifamilias propria efficiatur.

II. Quibus rescriptis multa contraria esse videntur. Primum, illud quod iidem rescripserunt, in hæc verba: *filiæ, cujus pater nomine res comparavit, si non postea contrarium ejus judicium probetur, per arbitrum dividendæ hereditatis præcipuas adjudicari sæpe rescriptum est, L. filiæ C. h. t.* Tum maxime, quod Justinianus in *L. donationis, C. de donat. inter vir. et uxor.* scribit donationes, quas parentes in liberos in potestate sua constitutos conferunt, per silentium donatoris confirmari; et quidem ita, ut eas cum donationibus inter virum et uxorem factis eodem numero habeat: quas quidem explicati juris est, morte donatoris et silentio convalescere, *L. cum hic status*, §. 1. *D. de donatione inter vir. et ux.* Notum est quid hic vulgo respondeatur; quia in posterioribus his rescriptis quæ tanquam contraria adduxi, donationem ideo valere, quod in filium tanquam bene meritum collatum sit; quasi ullus sit apex unde quidquam ejusmodi factum esse intelligatur; aut quasi vicerint, si hoc elogio donatum sit, donationem eo magis inter patrem et filium consistere potuisse: postremo etiam, quasi conjiciendum sit non esse quid donatum tanquam bene merito, quia simpliciter in prioribus rescriptis donatum esse filio dicatur. Quorum si nihil dici ne probabiliter quidem potest, aliam esse sententiam necesse est horum rescriptorum, atque intelligi volunt, si modo inter se non pugnent. At apparet, in posterioribus illis, nihil nisi

jus aliquum commemorari. Mihi in eorundem sententiam attendenti occurrit, merito in rescriptis illis donationem patris in filium morte patris confirmari, aut confirmatam esse vetere jure significari.

III. Priore, illud præcipuum solere adjudicari filio continetur, quod pater filii nomine comparavit. Si hæc donatio est, nihil caussæ est cur non vehementer hæc rescripta secum adversari existimentur. Verum longe aliud est donasse quid patrem filio, longe aliud filii nomine comparasse. Donat pater eum de suo dat. Quod autem filii nomine comparavit, etsi pater acceperit aut filio tradendum curaverit, numquam fit patris neque filii, quandiu quidem pater voluntatem non mutet: non fit patris, quia ita traditio dominium transfert, si ea mente sit qui accipit, ut dominus fiat, *L. in omnibus, D. de obl. et act. L. si ego pecuniam, C. si cer. pet. L. multum, C. si quis alt. vel sibi:* non filii, quia si huic acquiritur, eadem opera acquiretur patri, quod pater noluit. Neutri igitur acquiretur. Quorsum igitur accepit pater aut filio tradendum curavit? ut filio quæreretur, sed tunc cum filius, sui juris factus sibi habere potuerit; quod, mortuo patre aut filio emancipato, contingit; quo tempore, filius rem habere suo jure incipiet, non quod pater donavit, sed quod pater sibi habere noluerit. Ergo interim nullius erit, dum pater vivet? nullius; neque vero novum est dominia sub conditione transferri, at tunc res tradita acquiretur ei, cujus nomine tradita est, cum conditio extiterit, *L. qui absens, §. 1. D. de acqu. possess.*

IV. De constitutione Justiniani, cujus initium est, *donationes, Cod. de donatione inter virum et uxor.* certum est, quod respondeam, non esse hoc illi propositum, ut cujusquam donationem quæ antea non valuerit, ea constitutione confirmet; sed hæc dicere, quæcunque per silentium confirmetur, hac lege confirmari, si intra legitimam constiterit, aut excedens eum modum, actis insinuata fuerit; et in hoc genere esse donationes, quas parentes in filios in potestate sua constitutos contulerunt.

V. Num ergo hæ morte patris confirmantur, si pater dum vixit, eas non revocavit? Non hoc significatur: silentio patris confirmatur, sed aut non omnis, aut non quævis. Si quid pater filii nomine comparavit, cujus contrarium judicium secutum non sit, et hanc donationem appellare licebit, quasi ideo dedisse videatur, quod cum possit, non ademerit, arg. *L. 1. sciendum,* juncta *L. 6. de leg. 3.* sane hæc donatio morte confirmabitur; idque etiam ante defendebamus *L. filiæ 1. C. h. tit.* sin donationem accipimus, quod eandem solum vere possumus, cum pater de suo in filium quid contulit, confirmabitur hæc quidem omnis donatio silentio patris; sed morientis silentio nequaquam, quod supra ex manifestis locis effectum est: emancipantis silentio confirmabitur. Quod his verbis Papiniani declaratur *ex L. donationes, §. pater, D. de don. Pater,* inquit, *qui filiæ quam habuit in potestate mancipia donavit, et peculium emancipatæ non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse;* ad constitutionem autem Justiniani satis est ostendi, vel uno aliquo genere donationes a patre in filium collatas per silentium patris confirmari. Illud quidem certum, in omni interpretatione legum, perpetuo retinendum est, quod ab eodem Justiniano accepimus, in legibus, si quid nominatim et aperte non constituatur, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere, *L. præcipimus,* in fine, *Cod. de appellation.*

VI. Neque, vero lecta Justiniani constitutione illa de qua loquimur, quisquam dubitabit quin sub conditione ita scripta sit, donationes, si quæ per silentium confirmentur, hac lege ratas esse, quæ in ea constitutione traditur. Num ergo quævis, num silentio quolibet? hoc ad constitutionem inquam nihil pertinet. Id ex vetere jure explicandum est.

VII. At hic etiam consistitur, partim illo concesso quod supra posuimus, partim quod de donatione inter virum et uxorem facta intelligitur. Silentio emancipantis patris inquimus, donatio perficitur, quæ ante in filium collata erat. Quid ni ergo et morientis, cum ut filius sui juris efficiatur, nihil intersit emancipetur ipse, an pater cujus in potestate erat, decesserit. *L. 3. Cod. de instit. et substit. sub condict. fact.* Quia et jure potestatis, nihil refert exeat quis potestate, morte patris an emancipatione; in judicio et voluntate donantis plurimum. Non enim ob aliam caussam emancipare intelligitur filium pater, nisi ut is quæ habet habiturusque jure est, sibi habeat, ejusque propria efficiantur. Nemo ideo moritur, ut filius quicquam habeat, sed quia necessitatia naturæ parere cogitur. Et sane hoc sentire Papinianum, caussam non eandem esse in donatione confirmanda, cum pater moritur et cum filium emancipat, vel hoc magnum argumentum est, quod ipse tunc dicat, patrem videri donationem perfecisse, cum emancipato peculium non ademit. Inepte definitionem de

emancipante patre concepit, si in moriente idem juris in donatione perficienda esse intellexit.

VIII. Jam et illud dubitationem facit: utcunque de donatione, a patre in filiumfamilias collata, confirmanda aut non confirmanda constitutum esse dixerimus, illud constat, non magis jure civili donationem inter virum et uxorem consistere, quam inter patrem, et filium quem is in potestate habeat. Quod si donationes inter virum et uxorem factæ, morte donantis quem non aperte pœnituerit, confirmantur in *L. cum hic status* §. 1. *D. de don. inter vir. et uxo.* quis dubitet a patre item profectas in liberos morte patris confirmari? quanto igitur æquius est bona patris ad liberos redire, quam ad extraneos; quanto autem proclivius et magis secundum naturam, propensiorem parentum in liberos, quam in alios voluntatem existimari, *L. Nam etsi, D. de inoff. test.* Prius autem juris explorati. Posterius igitur, vel multo etiam magis recipiendum est. Hic ego, priusquam de similitudiine harum rerum respondeam, hoc mihi præfandum esse arbitror, etsi rationem diversi juris reddere non possim, tamen hoc me putare ad responsionem satis esse, si dicam, sive aliqua ratio sit sive non sit, recte quidem hoc constare, aliud de donatione inter virum et uxorem placuisse. Jam olim temporibus Severi Imperatoris, de donationibus inter virum et uxorem factis, ab hærede non revocandis cautum est, *L. cum hic status, D. de don. inter vir. et uxor.*

IX. De donatione a patre in filiumfamilias profecta, hoc rescriptum Imperatorum Diocletiani et Maximiani, tam longo intervallo seculorum legimus sub titulo Codicis de collationibus: *si donatione tibi post mortem patris quæsisti fundum, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiæfamilias constitutæ tibi a patre donatus est, cum sorore patri communi succedens, eum præcipuum habere contra jura postulas.* Ex quo intelligitur, et donationem patris morte ejus non confirmari, et illa constitutione de donationibus inter maritum et uxorem confirmandis, nihil de jure donationum paternarum esse derogatum; quod ejusmodi est, ut omnibus legibus et rescriptis post secutis confirmaretur: quo posito, boni interpretis fuit rationem quærere potius, qua hæc varietas probaretur, aut certe obscuram negligere, quam unius exemplo in altero genere, quod certum esset evertere conari. Sed hujus diversitatis probe ratio constat. Etenim in donatione inter virum et uxorem, quod ea prohibita est, juris civilis ratione efficitur, non natura. Natura igitur, et maritus et uxor donationis capaces sunt; neque turpe est alterum alteri donare. Fuit igitur benevolentiæ et humanitatis non præfracte donationem inter eos, tanquam inter ineptos, prohibere, sed hoc statuere, ut ita nullius esset momenti, si marito videretur eam revocare; quod si eum non pœniteret, heredem eripere non debere. Itaque Ulpianus hanc constitutionem, de hujus generis donatione non revocanda, eo pertinere dicit, ut aliquid ex rigore ejus relaxetur, *L. cum hic status in prin. D. de dona. inter virum et uxor.* aperte prohibitionem donationis ex rigore juris civilis esse innuens. At donatio inter patrem et filiumfamilias quod non consistit, non juris civilis prohibitione fit, sed rei natura. Hoc exposito, quicquid filius acquirit, acquirere patri, cujus in potestate est, non potest pater filio donare, ut quod donatum est filii efficiatur; nec si moriens eandem inculcet donationem, quicquam egerit ut filio donationem confirmet, quæ vivo eo valere non potuit; post mortem autem ideo non valebit, quia nec mortis caussa donatum, nec legatum esse a patre proponitur.

## CAP. IX.

Vocari in hoc judicium etiam quod hereditarium non sit, si ejusmodi sit, ut jure conferri oporteat: et de collatione.

*Transitio.* I.
*Emancipatos ad successionem patris vocatos conferre bona sua cum liberis qui in potete manserunt, et quare* II.
*Extranei vero aut liberi. et hi quidem sive omnes emancipati sive sui, nihil conferant et quare.* III.
*Excipitur dos filiæfamilias, et quare.* IV.
*Emancipatorum bona conferenda omnia, quæ hi a patre donata acceperunt.* V.
*Etiam si illa fuerint donata simpliciter: Hoc quale sit, adversus juris interpretes fusius explicatur.* VI. VII. VIII. IX.
*Quando illa ex jure veteri conferri debuerunt.* X.
*Et quid ex eo jure Justinianeo.* XI.
*Bona conferre quid sit.* XII.

I. Ergo quidquid horum est quod supra attigi, ideo in communionem, eum reliquis heredibus hoc judicio vocatur, quia sit hereditarium, seu quia fuerit in bonis patris: si quid non venit, caussa in eo est, quod fuerit in bonis filii, eoque nec sit in hereditate patris. Quibus confirmatur quod posui, id demum venire in hoc judicium, quod hereditarium sit; quod in alia caussa sit, non venire. Quod sic accipi convenit, nisi heres conditione personæ ad collationem bonorum suorum vocetur. De rebus et quæ suapte natura in hoc judicium cadunt, loquimur. Sed est etiam cum heres de suo conferre cæteris coheredibus debeat.

II. Quod, in quibus receptum est, non erit dubitandum quin hoc judicio ad eam collationem cogantur, *L. filiam, C. de collat.* Quo tempore primum emancipati liberi, cum iis qui in potestate manserant, edicto prætoris ad successionem patris vel intestati, vel tanquam intestati admissi sunt, bonorum possessione contra tabulas, aut unde liberi, petita; injuria quæ ex communicatione bonorum iis qui in potestate fuerant, inferri videbatur, initium et caussam collationi bonorum dedit. Injuria non tantum in eo fuit, quod iis pars bonorum avocatur, quæ lege 12. tabularum tota suorum heredum erant, (quod quidem ferendum fuit, cum res hoc facto ad æquitatem naturæ revocaretur. Emancipatio enim naturam non mutat: neque facit, ut qui filius fuit, eo minus esse intelligatur, quia emancipatus fuerit) sed in eo maxime, quod in perceptione bonorum deteriorem esse conditionem suorum heredum necesse est, quorum meliorem esse conveniebat. Nam quidquid filius qui in potestate mansit, acquisierit, id totum fuit patris *L. placet, D. de acq. heredit.* §. 1. *Inst. quib. non est per. fa. test.* et quia patris, etiam mortuo patre, tanquam ex ejus hereditate cum emancipatis commune esse necesse fuit. *L. certum, C. fa. ercis.* Contra filius emancipatus, quia sui juris est, quicquid acquirit, id sibi habet; eoque nec ad hereditatem patris pertinet, ex qua id solum esse intelligendum est, quod ille moriens habuit, *L. nihil D. de verb. sig.* Ne frater quidem igitur, is qui in potestate mansit, id commune cum emancipato habebit. Ita fit, ut hic bonorum fraternorum particeps sit; ille bonorum emancipati nullam partem capiat, quæ inæqualitas in primis est contra naturæ actionem. Ergo ut emancipatos ad successionem vocavit, ut res ad æquabilitatem revocaretur, dum hac lege emancipatus admittit, si bona sua conferrent qui appetunt paterna, in quibus et fratris bona sunt, qui in potestate mansit, *L.* 1. in princ. *L.* 3. §. *emancipati, D. de coll.* Ex quo intelligitur quod in hac caussa quærendum fuit, qui, quibus, quæ conferre debeant, et quando. Emancipati videlicet, iis qui in potestate fuerunt, conferre debent, *L.* 3. §. *quoties*, §. *Emancipati, de coll. bon.*

III. Ergo extraneus est, qui cum filio a patre heres sit institutus? nihil hic de suo conferet ut admittatur; neque enim hic quidquam filio aufert, sed voluntas et judicium patris. Liberi sunt, et omnes emancipati? inter has collatio locum non habebit, *L. si emancipati, Cod. de collat.* cum nemo aliter quidquam auferat, sed pari ad hereditatem vocentur; et si quid ante habuerunt, id quisque sibi retineat, neque cum altero communicet. Fuerunt omnes in potestate patris cum is moritur? ne hi quidem invicem conferent Peculium castrense et quasi castrense, si quod habuerunt, iis præcipuum est, *L.* 1. §. *nec castrense, D. de coll. bon.* cætera in communionem quidem veniunt. *L. filia* §. 1. *C.*

*de coll.* verum ideo quia hereditaria sunt, veniuntque eadem lege qua cætera quæ in bonis defuncti fuerunt, non quod a fratribus de ipsorum bonis conferantur quæ ipsorum propria non fuerunt. Ex iis unus emancipatus est, alter in potestate mansit? multo minus emancipato conferetur, *L.* 1. §. *portiones, D. de coll. bonor.* non quod filiusfamilias, si quid vivo patre quæsivit, id patre mortuo habeat præcipuum, nec fit cum emancipato commune, *d. L. filiæ*, §. 1. *Cod. de coll. L. certum, C. fam. ercis.* sed quia id hereditatis jure fit, quod hæc in hereditate patris numerentur; non collatione bonorum quæ ab iis tantum conferri dicuntur, quorum propria fuerunt.

IV. Hic tamen dos filiæfamilias, item donatio a patre in filiumfamilias profecta excepta est. Dotem filiafamilias, non solum fratribus in eadem potestate constitutis conferre cogitur, sed etiam emancipatis; illis et profectitiam et adventitiam, bis profectitiam, *L.* 3. *L. filiæ* 12. *Cod. de collation. dot.* Et quoniam eodem jure esse placeat donationem propter nuptias, etiam filiusfamilias hanc et fratribus et sororibus confert, *L. ut liberis, Cod. de collation.* Cur ergo ex omnibus filiifamilias bonis dos potissimum excepta? Quia cætera, ut olim jus fuit, in bonis patris fuerunt; idcirco satis sua sponte communia sunt, non dico fratribus, sed etiam heredibus omnibus qui patri successerunt. Illud in dote jus singulare, ut filiæ tanquam proprium patrimonium numeraretur, etiam vivo patre; mortuo patre, filiæ esset præcipua, *L.* 3. §. *sed utrum* in fin. *D. de jure. L. Pomponius Philadelphus, D. h. tit.* Quare, si cum fratribus communem esse vellemus, necesse fuit eam ad collationem vocari. Æquum autem fuit communicari, æqualitatis inter fratres conservandæ caussa.

V. Relinquitur ut, hac specie excepta, soli emancipati fratribus qui in potestate manserunt, conferre debeant. Quæ autem debuerunt conferre? Exigit edictum, ut bona, quæ quidem habuerunt eo tempore quo pater moritur, *L.* in prin. *L.* 2. §. *Illud L.* 3. §. *quoties* §. *emancipati. de coll. bo. L. ea demum, L. si donatione, C. eod.* Unde liquet, sive a patre donata essent sive aliunde, ea conferri debuisse. Et recte scilicet, quia non profectitium solum peculium filii qui in potestate mansit, sed etiam adventitium fratribus commune erat post mortem patris, ideo quia hereditarium. Sed postquam peculium adventicium proprium filiifamiliæ certum est constitutionibus; consentaneum fuit, ne id quoque a fratre emancipato conferretur, quod aliunde quam a patre accepisset; quod a Justiniano constitutum est, *L. ult. C. de coll.* Ita solum emancipati tunc conferent, quæ a patre donata acceperunt.

VI. De quibus hoc placere interpretibus nostris video, ne aliter hæc ipsa conferantur, quam si ea lege a patre donata fuerunt ut conferrentur. Ducuntur in eam sententiam verbis constitutionis Justiniani, in qua ad hunc modum scriptum est: *si qui sint ex fratribus, qui donationem propter nuptias, aut dotem a parente acceperint, quorum utrumque ad collationem vocari constat; sint autem alii, quibus simpliciter a patre quid donatum sit; ne qua inæqualitas efficiatur, eos quoque qui donationem simplicem habent, hanc conferre debere; neque recusare collationem ex eo, quod simplex donatio non aliter confertur, nisi hujusmodi legem donator, tempore donationis, suæ indulgentiæ imposuerit:* hæc enim extrema verba sunt constitutionis in *L. penult. C. de coll.*

VII. Quæ quidem ego, si nihil aliud de jure vetere proponatur, non dubitem ita accipi debere, ut illi fecerunt, simplicem a patre profectam in collationem venire. Sed cum tota constitutio superior ex conditione veteris juris pendeat, ut dicat Justinianus eam donationem conferri debere in superiore specie, ne quod injustum oriatur; nempe ex vetere jure, si ut id jus fuit, filius eam donationem conferre non cogatur: inspiciendum arbitror, quodnam jus de ea re ex aliis locis ostendatur. Id, si doceri potest aliud fuisse quam isti volunt; non hac constitutione id immutandum esse, in qua nibil tale Justinianus propositum sibi esse dicit; sed ex illo constitutionem esse interpretandam. Videamus autem, num id in jure fuerit, ut quicquid filius emancipatus haberet, bona denique conferre deberet. Quod quidem non obscuris locis traditum est, quos notare sit satis, *L.* 1. in prin. *L.* 2, in prin. et §. 1. *L.* 3. §. *quoties* §. *emancipati, D. de coll. bon.*

VIII. Quid autem in his nominatim immutatum est, nisi ut res quæ parentibus ex constitutionibus patri non acquiruntur, id est quæ aliunde obveniunt quam a patre, ne conferantur? *L. ult. C. de coll.* Ex quo intelligitur etiam nunc ea mansisse ad collationem quæ a patre profecta sunt, quocunque modo sint donata. Quinimo, etiamsi nulla lex vetus proponeretur, quæ emancipatos ad collationem bonorum vocaret; tamen vel hæc Justiniani constitutio quæ bona adventitia excepit, id confirmaret, hæc bona olim ab emancipatis conferri debuisse, quamvis simpliciter essent donata. Quod si

hæc debuerunt, quanto magis illa debuisse diceimus, quæ a patre donata erunt? siquidem multo æquius est filios bonorum paternorum fieri participes, quam eorum quæ aliunde ad fratres venerunt. Quod, an dubium esse potest, in his Leonis Imperatoris verbis? ex *L. ut liberis*, in fi. *C. de coll. Emancipatis videlicet*, inquit, *liberis utriusque sexus, pro tenore præcedentium legum, ea quæ in ipsa emancipatione a parentibus suis, ut assolet fieri, consequantur, vel post emancipationem ab iisdem parentibus acquisierint, collaturis.* In quibus illa verba, *pro tenore præcedentium legum*, nihil aliud significant, nisi velle Imperatorem hæc conferri, ut et præcedentibus legibus cautum erat.

IX. Quid ergo sibi vult constitutio Justiniani, quæ id cavit, inæqualitatis vitandæ caussa, ut filius simplicem donationem tunc conferre cogeretur, cum aut a fratribus donationem propter nuptias, aut a sororibus dotem percipit ex collationa, nisi hoc jus antea fuit, ne hoc donationis genus conferretur? Nimirum, hoc est: jus hoc ita fuit in aliquibus generibus; non fuit in omnibus. Si quid pater filii, quem in potestate habet, nomine comparasset, hoc jus valuit, et jure valet, ut mortuo patre filii præcipuum esset, neque cum fratribus communicaretur, ut supra diximus, *L. filiæ, C. famil. ercisc.* Hoc vult Justinianus, si qua istiusmodi donatio a patre in filiumfamilias sit profecta, etiam hanc tum confere debere, cum fratres dotem aut donationem propter nuptias ab eodem patre acceperint. Sub conditione enim loquitur constitutio, quod nobis expendendum est: si eveniet, inquit, ut donatio simplex conferenda non sit pro jure vetere, etiam tunc conferri debebit, cum fratres dotem aut donationem communicabunt.

X. Et hæc quidem bonorum ratio, quæ conferri debeant. Ea tunc, ex edicto et jure vetere conferri debuerunt, cum aut filius bonorum possessionem contra tabulas petiisset, aut alioqui pater intestatus decessisset, *L. 4. L. ut liberis, C. de coll.* si institutus a patre cum fratribus succederet, non vocabatur ad collationem; quia nullam injuriam faceret fratribus, ad quos de bonis patris nihil amplius pertinere potuit, quam concederet judicium patris, *L. 1. de coll.* hinc est, quod *in L. Pomponius Philadelphus D. eod.* a Papiniano responsum legimus, filiam quod dotis sit præcipue habere, contra quam a nobis de dote supra dictum videri potest; quippe filia a patre instituta proponebatur, hoc casu dotem non conferret, *d. L. 1. D. de coll.*

XI. Justiniano autem in *Novella decimaoctava, de trient. et semisse* visum est, sive testatus sive intestatus moreretur pater, conferre eos debere qui prioribus legibus ab intestato ad collationem vocabantur, nisi quid a testatore exciperetur; quoniam incertum sit, inquit, oblitusne eorum quæ dedit, an mortis perturbatione prohibitus, ea de re mentionem non fecerit.

XII. Conferre autem bona, est bona in judicium ferre, ut cum fratribus communicentur partibus hereditariis. At quas olim diceremus portiones collationum ut Ulpianus exemplis probat *in L. 1. §. portiones, D. de collatioñ. bonor.* quia tunc solum collationi locus erat, cum intestato succederetur; lege autem inter heredes, ex æquo hereditas dividitur. Nunc, cum ab institutis etiam collatio exigatur, hereditarias dicere oportebit, ut pro qua parte quisque heres erit, tantum ex collatione bonorum fraternorum capiat.

## CAP. X.

### Non venire in divisionem, quod commune non sit, quanvis sit hereditarium, etc.

*Quod hereditarium est, ita ad hoc judicium pertinere, si sit commune inter heredes.* I. *Hereditarium quod est, potest commune non esse tribus modis.* II.
1. *Cum fundi hereditarii partem unus heres alienavit; sive duo sint, seu plures heredes.* III. *Contrariis occurritur; et J. C. Pauli sententia in* L. heredes 25. §. testator D. famil. ercisc. *illustratur.* IV.
2. *Cum res a jure divisa est inter heredes: quod tale sit,* V.
3. *Cum res suapte natura est individua, ideoque tota singulorum.* VI.

I. Ergo ut ad id quod propositum est, revertamur; non veniet in divisionem hereditatis quod non sit hereditarium, nisi cujus bona ad collationem vocentur. An igitur venit omne, quod est hereditarium? non statim; sed ita, si sit inter heredes com-

mune, ut a communione discedatur, *L.* 1. *D. eod.*

II. Potest autem quod hereditarium sit, non esse commune. Id tribus modis efficitur: si unus rei communis partem alienavit: si qua res inter heredes sua sponte divisa sit: si qua ita sit omnium heredum, ut singulorum tota sit, non pro parte.

III. Si fundi hereditarii partem heres alienavit, a communione recessum est, placetque ideo in hanc actionem fundum non venturum, *L. ex hereditate*, 54. *D. eod.* Et quidem cum eo qui alienavit, plane hoc judicium non erit. At, quid si fingamus, plures heredes fuisse quam duos, ex quibus unus duntaxat partem alienavit? Nonne recte dicemus, quod reliquum est inter cæteros hoc judicio dividi posse, cum inter eos et hereditarium et commune manserit? Minime; planeque in hoc judicium fundus non veniet, hocque est quod Neratius sensit cum superiore specie ita scripsit in *d. L.* 54. *Utrum autem unus heres partem suam non alienavit an plures, nihil interest: si modo aliqua portio, alienata ab aliquo ex heredibus, hereditaria esse desiit.* Fit hoc hujus judicii natura, quod tale est, ut nihil agatur, nisi in omnium heredum persona inter quos actum est, aut omnium rerum adjudicationes et condemnationes fiant, *L. in hoc judicio*, 27. *D. eod.*

IV. Sed non immerito huic sententiæ contrarium videri potest quod ex Paulo in *L. heredes*, 25. *§. si testator, D. eod*, ita scriptum est: *si testator rem communem cum extraneo habebat; sive rei suæ partem alicui legavit, sive heres ante judicium familiæ erciscundæ acceptam partem suam alienavit, ad officium judicis pertinet, ut eam partem quæ testatoris fuit, alicui jubeat tradi;* ut illa verba *sive rei suæ partem alicui legavit*, accepeperimus, ita contrarius locus erit priori sententiæ, aut non erit contrarius: ambigua et oratio est. Potest hoc *legavit* sic accipi, ut subaudiatur testator: potest hoc modo, ut subaudiatur extraneus. Si testatorem legasse intelligimus, quod sane præclare erat ex forma orationis, cum res de eo proposita esset; negari non potest quin locus sit contrarius. Itaque, cum Accursius ita acciperet, meras nugas ad eum locum attulit, planeque verborum sensum pervertit. Sin extraneum legasse intelligimus, locus non discrepat, sed hanc sententiam exponunt. Si testator rem cum extraneo communem habeat, quanvis extraneus heres institutus partem suam alienaverit; nihilominus ea pars quæ testatoris fuit, manebit hereditaria, eademque omnium heredum communis; et ideo in judicium quoque veniet. Quod præclare convenit; hoc enim solum quærimus, ne quid de ea re quæ testatoris fuit, ab herede alienetur. Si quid heres de suo proprio alienet, quanvis in re cum defuncto, eoque et cum cæteris coheredibus sibi communi, ad rem non pertinet, neque hoc judicium mutat. Non modo hanc sententiam ratio ipsa et locus contrarius flagitat; sed etiam ipsius Pauli verba, quibus non obscure significat, in ea re quam testatori cum extraneo communem dicit, partem testatoris mansisse; aliam quandam fuisse alienatam. Ne quis autem hoc loco in hoc scriptore istam scribendi rationem admiretur; ita perturbate et alibi scribere consuevit; cui rei certissimo documento est, *L. si pignori, h. t.* ne longius abierimus. Sed ne laboremus, quæ hoc loco propositi conturbatio, est eadem prorsus, sed manifesta apud eundem est, *in L.* 12. *D. de novat. Si quis*, inquit, *delegaverit debitorem, L. ea quæ, C. eod. qui doli mali exceptione se tueri posse sciebat, similis videbatur ei qui donat.* Similem ex verbis intelligeremus eum, qui delegavit, nam de eo proposuit: non ita est, debitorem intelligit; similis videbitur, supple *debitor*, ut locus manifeste arguit.

V. Altero modo fieri diximus ne res sit communis, si sit jure inter heredes divisa. Id enim commune, quod ita meum est, ut sit etiam alterius, *L. illud de ritu nupt.* Porro, rebus divisis, unusquisque partem suam habet, ut quod cuique obtigit, id solus teneat, neque inde quicquam alius vindicet. Ita non est commune, quod divisum. Hujus generis nomina sunt hereditaria, id est quod testator debebat, et quod testatori debebatur, *L. ea quæ, C. eod.* Hæc lta L. 12. tabu. inter heredes dividuntur, ut si quid testatori debitum fuit, singuli heredes pro portione hereditaria, eo nomine, adversus debitores habeant actionem: si quid ille debeat, heredes singoli pro hereditaria portione teneantur, *L.* 1. *L.* 2. *Cod. hered. acquir. L.* 1. *Cod. si cer. pet.* Idcirco convenit hæc in judicium familiæ erciscundæ non venire, *L.* 2. *§. ult. D. eod.* Quod hanc vim habet, ut judex qui de hereditate dividenda sumptus est, nomina uni alicui adjudicare non possit; sive, quod idem est, nomina solida ita alicui attribuere ut, vel solus ipse habeat suo nomine actionem, vel solus creditoribus teneatur. Possunt tamen, si res exigere videatur, pro solido alia alii attribui, ne solutio vel exactio particularis aliquid incommodi afferat. Sed ita ut, sive agendum

sit, is cui nomen attributum est, partim suo, partim procuratorio nomine agat; sive contra eum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur; de hac attributione *Cajus in L.* 3, *D. eod.*

VI. Res hereditariæ quædam sont, quod tertium genus erat, quæ singulorum heredum totæ sunt. Talės sunt actiones earum rerum, quæ res ipsæ dividi non possunt, cujusmodi est, si quis viam stipulatus sit. Neque stipulatoris heredes viam pro parte petere possunt, et si cum heredibus promissoris agetur, a singulis solida petitio futura est, *L. viæ de servit.* Non igitur hujusmodi stipulationes promissionesve, in hoc judicium venient, *L. heredes*, §. *An ea stipulatio, D. eod.*

## CAP. XI.

### Quædam, quanvis hereditaria et communia, in hujus judicii divisionem non venire.

*Tria, licet hereditaria et communia, non venire in hoc judicium.* I.

1. *Quod noxium est, et paratum dumtaxat ad nocendum. Quod tale sit.* II.
2. *Quod scelere est et malis artibus quæsitum. Quotuplex hoc, et quare in hoc judicium non veniat.* III.
3. *Quod heredum uni prælegatum, aut uni testatoris judicio datum ab altero.* IV.

*Cujus generis, et quæ sint.* V. VI. IX.

*Et cur illa præcipere filiusfamilias possit ac debeat.* VII. VIII.

I. Sunt res et hereditariæ et communes. Sed hæ denique ad divisionem hujus judicii natura sua pertinebunt; quæ tamen excipiontur, magis æquitate rei et judicii, quam rerum natura. In hoc numero sunt hæc tria: si quid noxium sit, sen ad nocendum tantum paratum : si quid scelere et male partum : si quid alicui ex heredibus debeat esse præcipuum; quod postremum sic in hoc judicium non venit, ut dividi inter heredes non debeat; venit tamen haetenus, ut officio judicis in præcipuom ferat, cujus esse oporteat, *L. si quia, C. h. tit.*

II. Si quid noxium sit, in hoc judiciom non venit, cujus generis mala medicamenta, libri magiei, et si qui ad contomeliam omnipotentis Dei scripti sunt. Idcirco, quod cum vim tantum habeant nocendi, a judice quem viri boni et innocentis officio fungi uportet, retineri non debent, præsertim in judicio bonæ fidei, quale hoc judicium est, *L.* 4. §. *mala, D. eod.*

III. Non venit, si quid ex peculato vel sacrilegio, si qoid vi, aut clam, aut latrocinio, aut aggressione quæsitum est, *L.* 4, §. *sed et si quid, D. eod.* Duabus de caussis: vel quod testatoris non fueruot, eoque non sunt hereditariæ; vel quod, si quis vi extorserit ut sibi a domino traderentur, atque ita ipse dominus factus est, rerum turpiter quæsitarum nulla societas, nulla communio est, *L.* 1. §. *plane, de tut. et rat. dist. L. necpermittendum, D. pro socio.* Sed neque turpitudinem rei gestæ jodex adjudicatione soa comprobabit.

IV. Quædam vero uni alicui præcipua esse debent. In omnium heredum persona id præcipoum esse debet, quod cuique voluntas testatoris detulit; quam conservari in primis ad officium judicis familiæ erciscundæ pertinet. Id autem est, si quid uni prælegatum, aot fideicommissum est, *L. si qua, L.* 4. §. 1. *D. eod.* Quod genns legati, quia hoc judicio ante cæteros in divisione hereditatis ab herede capere, dietum est præceptio, auctore Theophilo in §. *L. Institut. de L.* sic nominatur *in L. heredes*, §. *ultim. L. rem pignori D. eod.* Ad eandem rationem pertinet et quod uni ab alio datum est judicio testatoris; nam id, quanvis hereditarium fuerit, ejus propriom esse debebit cui datum est.

V. Tales sunt nummi peculiares, a statu libero conditionis implendæ caussa dati, quos quidem hereditarios esse, et jure hereditario capi constat. *L. id autem, D. ad L. Fal.* Recte tamen dari a statu libero ad conditionem implendam, si hac lege manumissus sit, si decem daret; dari et voluntate testatoris, *L.* 3. *de statu lib.* Ideo heredi ex hac caussa datos dandosve, et præcipuos esse convenit, *L. filia*, §. *ult. D. eod.*

VI. In filii autem familiæ persona duo sunt genera rerum, quas ille patri succedens præ cæteris capere debeat. Primum, si quid ex suo contractu debuit, quo nomine et vivus pater teneretur. Tenetur autem ex his

caussis pater, si filius jussu patris contraxit: si in rem patris versum est: si filius peculium habet, vide *titulum Instit. Quod cum eo*, postremo si filiusfamilias magistratum susceperit, consentiente patre, et vivo patre aliquid ex ea caussa reliquatus est, *L. 2. D. ad municip.* Nempe quicquid ex his caussis pater debuit, filium præcipere posse dicimus: ex cæteris solidum, ex quibus quoque solidum pater debuit: ex caussa peculiari solum peculium, quia pater et de peculio tantum teneretur. De liberis prioribus traditur in *L. si filia. §. 1. D. eod.* de reliquatione muneris publici est in *d. L. si filia. §. idem stabit, et sequ. L. ex parte, §. filius, D. eod.*

VII. Qua ratione autem hæc filiumfamilias præcipere debere dicimus? quia hoc patris æs alienum ut est, innuit Ulpianus in *d. L. si filia, §. Item, scribit*: cujus tamen nomine solus filiusfamilias in solidum tenetur, si creditores velint. Constat enim omnibus caussis filiumfamilias obligari, non secus quam paterfamilias, *L. tam ex contractibus D. de jud. L. filiusfam. D. de oblig.* Neque vero æquum est, ut qui ex parte tantum heres sit, hunc solum æs alienum agnoscere.

VIII. Immo hic dicat aliquis, solum filiumfamilias id præstare æquum est, quod ipse contraxit: cum hoc ipsius æs alienum videri debeat potius quam patris, quod ille magis quam pater debuit. Dicendum est, si creditorem spectemus, filiifamilias obligationem esse, qui creditori teneatur ideo ne creditor decipiatur. Quod si res inter patrem et filium agetur, re vera una patris obligatio est. Quod inde intelligere possumus, quod pater conventus eo nomine, si aliquid præstiterit, ipse a filio non queat repetere. Et nimirum ita res habet: quemadmodum ex filii persona omne commodum capit pater, ita incommoda ex eo, si qua sunt, agnoscere eum æquum est, *L. ex qua persona D. de reg. jur.*

IX. Præter hæc, et filiusfamilias maritus, uxoris suæ dotem præcipit, si forte patre vivo data esset. Non et ipso jure ad filium redit, quanvis maritus sit. Quippe socero data, illi ipsi acquiritur; et ut data non esset, tamen olim jure potestatis illi quæreretur: et quoniam ejus fuit, eo mortuo, heredis quoque esse, ut rem hereditariam necesse est. Quod cum non sit æquum, eam hoc judicio filius præcipuam obtinebit, *L. si filia, §. 1. L. fundus, 51. D. eod.* Ideo autem non est æquum apud alium esse hereditatem, quam apud maritum, quod dos matrimonii oneribus ferendis datur, *L. pro oneribus, C. de jure dot. L. si pater, D. eod.* Onera porro matrimonii solum maritum sequuntur; et dos igitur eum consequetur. Itaque, quanvis filius heres a patre non sit institutus, aut sit sub conditione; placet tamen, antequam conditio extiterit, filium dotem præcipere, sive habere sibi debere, *L. si maritus, D. eod.*

## CAP. XII.

De personalibus hujus judicii præstationibus.

*Præstationes hujus judicii personales quid sint. Eas in tribus versari.* I.
1. *In eo quod de suo abest alteri; idque ex facto coheredis aut suo.* II.
*Ex facto coheredis quomodo.* III.
*Ex suo autem, cum vel utiliter gerit, aut quasi heres hereditarium negotium utiliter; quatenus.* IV.
*Quasi heres quando rem gerat aut secus.* V. IX.
*Num talis rem gerat, aut ex persona æstimari, aut ex re.* VI.
*Ex persona quomodo.* VII.
*Ex re quot et quibus modis.* VIII.
2. *In eo quod uni abfuturum est ex superioribus caussis, præstatio hac in re dissimilis, et quomodo.* X.
3. *In eo quod quis de hereditate minus habet ex facto coheredis, eoque triplici.* XI
1. *Si quid de rebus hereditariis ad unum pervenit; hoc quale sit, et cur id huic uni obnoxium judicio.* XII.
*Quare pretium rei hereditariæ ab uno perceptum non veniat in hoc judicium.* XIII.
*Sed illud potius ad petitionem hereditatis pertineat.* XIV.
*Qui J. C. Pauli sensus in* L. inter, si coheredes, *D.* famil. ercisc. XV.
2. *Si quid per unum damni factum est. Hoc quale sit, et quo alio judicio reus teneatur.* XVI.
3. *Si quid per unum aliquem factum quominus aliquid quæratur coheredi.* XVII.
*In omni eo quod abest, dolus et culpa præstari debet.* XVIII.
*Præstationes hæ cur dicantur personales; unde illarum obligatio.* XIX.
*Judicium hoc erciscundæ esse cum in rem, tum in personam, et quare.* XX.

I. Res quæ essent quæ in divisionem hujus judicii venirent, diximus. De personalibus præstationibus videamus. Præstationes personales vocamus, quicquid coheres, quod non sit hereditarium, coheredi præstare propter communionem hereditatis debet. Hæ tribus in rebus versantur. Nam aut in eo sunt, quod coheredi de suo abest per caussam hereditariam; aut in eo quod ex eadem caussa abfuturum est; aut eo quod minus habet de hereditate, quod quidem per heredem factum sit fiatve, quominus habeat.

II. Quod alteri abest, id coheres hoc judicio exigit a coherede duabus de caussis; si absit vel ex facto coheredis, vel suo, dum negotium hereditarium gerit.

III. Ex facto coheredis contingit, ut cæteri coheredes quid præstent, cum, stipulatione aliqua a defuncto interposita ne quid fiat, vivus contra eam stipulationem committit. Sic enim fit ut, cum pro parte peccari non potuerit, stipulatio in solidum committatur: ea commissa, omnes, quamvis nihil deliquerint, teneantur, quia promissio sit hereditaria, cujus conditio extiterit. *vide L. heredes, §. contra L. inter, §. quod ex facto, D. hoc tit. L. 2. §. ult. de verb. oblig.* Verum aliis nocere, quod alius deliquerit, non decet.

IV. Negotium hereditarium gerendo, heres alios coheredes hoc judicio sibi obligat, si utiliter et quasi heres gessit. Gerit utiliter, qui pro commodo hereditatis gerit, dum vel heredes liberat æs alienum solvendo, aut res hæreditarias servat suis sumptibus, aut meliores facit. Hi sunt sumptus, quos in hoc judicium venire dicimus, *L. his consequenter, §. sumptum, D. eod. L. filiæ, §. 1, C. eod.* Quod contra impensum est, nulla utilitate scilicet rei hereditariæ, neque hoc judicio exigitur, neque negotiorum gestorum actione. Exempla cognosce ex his locis, *L. inter, §. quod ex facto, L. qui, heres D. eod.*

V. Quasi heres autem rem hereditariam gerere intelligitur, non qui ideo gerit quia expedire cæteris putat, ubi nulla necessitas communionis rem totam gerere eum cogat; nam alioqui etsi heres non esset, idem facere poterat; sed qui aut solus cogebatur in totum, aut ideo partes quoque cæterorum attingit, quia suam sine illis, quæ conjunctæ erant, attingere non potuit. Unde intelligatur eum propter necessitatem communionis hereditariæ gerere necesse habuisse, si ut heres suam vellet gerere. Itaque in hac sola necessitate gerendi, huic judicio locum esse placet; ubi nulla necessitas fuit, negotiorum gestorum actioni. *L. heres, §. si vivus,* et *§. non tantum, D. eod.*

VI. An pro parte rem exsequi non potuerit heres, alias ex persona quæ impendit, alias ex re æstimandum est.

VII. Ex persona, si is fuit heres qui in solidum de nomine hereditario appellaretur, re alioqui per se dividua. Qualis et filiusfamilias heres, qui solvit quod vivo patre contraxerat, cujus nomine et pater tenebatur; hunc quidem in solidum conveniri posse ex suo contractu jam diximus, *L. tam ex contractibus, D. de jud.* ut si solverit, non voluntate eam solvisse, sed quia ita cogebatur, appareat. Jam vero et hoc æs alienum patris esse, supra ostendimus, *L. si filia*, *§. idem scribit, D. eod.* Quod si patris; et heredum. Ita hoc solvendo, cæterorum negotium hereditarium gestum intelligitur. Merito igitur, ut, re integra, hujus æris alieni filio præceptionem damus; ita, hoc ab illo dissoluto, et pro parte adversos coheredes damus familiæ ereiscundæ actionem, *L. his consequenter*, *§. filiusfamilias, D. eod.*

VIII. Ex re id æstimatur, si res quam fieri vel oportebat vel expediebat, aut divisionem ipsa per se non recipit; quod genus est insulam ædificare, opus aliquod facere quod testator jusserit, item locare ædes, agrum colere, jumenta pascere; quia neque operis pars est antequam opus extet, neque partem meam attingere possum, ut alienam non attingam, quia confusæ sunt, *L. inter*, *§. 1. D. eod. L. si is qui quadringenta*, *§. 1. D. ad L. falci. L. in executione*, *§. secundo, D. de verb. oblig. L. si quis putans*, *§. 1. D. comm. divid.* quod genus item, rem hereditariam quæ tota petebatur, non pars, judicio defendere, *L. ex parte*, in princ. *D. hoc tit.* aut cum pecunia debetur, res quidem sua natura dividua; sed extrinsecus obligatio id assequitur, ut nisi tota pecunia soluta sit, nulla ex parte liberatio nascatur ejus rei, quam volumus. Quod toties contingit, cum aut pecunia sub pignore debetur, aut ita ut, si soluta non sit, alterius alicujus tanquam pœnæ præstatio incurrantur, Neque ad pignus liberandum, neque ad pœnam et cujuslibet alterius rei præstationem evitandam, quidquam prodest partem solvisse, *L. si rem*, *§. omnem, D. de pig. act. L. 2. §. 1. L. 5. §. ult. D. de verb. oblig.* cum et pignus obligetur, et pœna debeatur sub conditione, si pecunia de qua quærimus, soluta fuerit. Conditio autem non scinditur; illudque verum est, pecuniam non esse solutam, quæ tota non sit, *L. cui fundus D. de cond. et demonst.* Fac in his generibus pecuniam ab uno ex heredibus solutam, ut pignus lucretur, aut præstatio aliqua utiliter evitaretur; hujus impensæ partem a coheredibus hoc judicio consequetur, quia totum solvere necesse habuerit, si partem suam salvam habere vellet. Huc pertinent horum locorum exempla, *L. his consequenter*, *§. penult. et ult. L. heredes §. contra, §. idem juris. §. si unus, L. inter*, *§. penult. D. eod.*

IX. In eo autem, ut quis quasi heres impenderit, non solum est ut heres jam fuerit, sed etiam ut sciens se hæredem esse, in hereditate aliquid gesserit, *L. qui heres* 49. *D. eod.* Illud quidem nemo dubitabit quin, si quis vivo testatore aliquid fecerit quod testatori prodesset et per testatorem coheredibus, hoc judicio consequi non possit, quia nulla necessitate hereditatis gesserit. Contra quod scriptum videtur esse, *in L. heredes*, *§. si filius, D. eod.* verba Pauli hæc sunt: *si filius, cum patrem defenderet, condemnatus solverit, vel vivo eo vel post mortem; poterit æquius dici habere petitionem a coherede in familiæ erciscundæ judicio.* Singulare jus esse in filio Accursius dicit, quasi quidquam necesse fuerit filii caussa hoc judicium indicere, cui negotiorum gestorum actio sufficeret. Sed nihil tale est. Et sane constat, filium ut cæteros, si quid nomine patris nulla necessitate impenderit, negotiorum gestorum habere actionem, *L. 3. L. si filius, C. de nego. gest.* hæc autem judicia non concurrunt, *L. heredes*, *§. non tantum, D. eod.* Restat ut sic accipi debere videatur, ut verba illa *vel vivo eo*, non verbo *solvit* jungantur, sed verbo *condemnatus*, sicque oratio intelligatur: si filius condemnatus solverit, condemnatus inquam, vel vivo patre, vel post mortem patris, familiæ erciscundæ judicio repetet.

X. Ut quod ex supra scriptis caussis heredi abest, ipse pro parte ab iis consequi potest; ita de eo quod ex iisdem caussis abesse potest, ubi cæteri coheredes essent, hoc judicio agi potest, ut coheredes quid præstent. Sed in hac re dissimilis præstatio. Nam si pecunia jam præsens debetur, quam, ut pignus luatur aut pœna evitetur, solvi necesse sit; potest unus hoc judicio agere, ut cæteri jam statim partem conferant, quamvis adhuc integris rebus, *L. his consequenter*, *§. Celsus, L. inter*, *§. de usufructu D. eod.* Quod si ex futuro debitum et omnino ex facto coheredum pendet, utrum quid debeatur nec ne, quia in potestate coheredum, non faciendo aliquid, aut contra, quam promissum est faciendo, efficere ut stipulatio hereditaria committatur; in hoc solum agetur ut coheredes caveant, si quid fecerint aut non fecerint, se iu eo coheredem

indemnem præstaturos, *L. heredes.* §. *contra D. eod.*

XI. Tertium genus eorum quæ coheredi de hereditate absunt opera et facto coheredis, tria complectitur: si quid de rebus hereditariis ad unum pervenit: si quid per eum damni datum factumve est: si quid factum sit quominus quæreretur.

XII. Si quid pervenerit, videlicet si fructus hereditarios percepit solus; si de hereditate aliquid ad se revocavit, §. *si familia, Inst. de off. jud.* in quo notandum est, eum qui res avertit, neque expilatæ hereditatis teneri, cum alia actio sit, *L.* 3. *C. eod. ult. L. C. de vi. exp. her.* neque furti, qua actione ante aditam hereditatem agi non potest, vel post aditam hereditatem, antequam res ab herede possessæ sint, *L.* 2. *D. exp. her.*

XIII. De eo quæsitum est, si unus ex heredibus rem hereditariam vendiderit et pretium perceperit, an veniat pretium in judicium familiæ erciscundæ. In petitionem hereditatis venire constat, *L. si et rem, D. de petit. hered.* Quin imo et in hoc judicium venire his verbis Paulus significare videtur *in L. inter,* §. *si coheredes, D.* eod. *Si coheredes, absente uno coherede, rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt quo plus ad eos perveniret; vel familiæ erciscundæ judicio præstabunt ei qui obfuit, vel hereditatis petitionem.* Sed non venire clare demonstratur rescripto Diocletiani, et Maximiani quod extat *Cod. eod.* in hæc verba: *In familiæ erciscundæ judicio, ab uno pro solido rei veluti communis venundatæ pretium non venit; sed mandati, si præcessit coheres; vel negotiorum gestorum, si ratam fecerit venditionem. Nam si velut propriam unus distraxerit, ac pretium possideat, hereditas ab eo petenda est.* Cur ergo pretium hoc non venit, cætera ex re hereditaria percepta veniunt? quia neque fructus ex parte indivisa percipi, neque rei pars indivisa surripi potest; pars indivisa vendi et alienari potest, quemadmodum et pignori dari, *L. ex hereditate,* 54. *D. h. tit. L. portionem, C. de don. L. si fratres, C. commun. utr. jud.* Jus enim venditione transfertur, quud pro parte indivisa recte animo concipi potest. Pro certo autem habendum est, quod ad omnem obligationem hujus judicii pertineat, nihil in hoc judicium venire, nisi quod unus quasi heres fecerit, *L. et puto,* §. *sed etsi, D. eod.*

XIV. Non est mirum, si idem in petitionem hæreditatis veniat, cum ea omnia veniant quæ sunt hereditaria, in judicium familiæ erciscundæ veniunt ea solum quæ aut sunt communia et pro talibus agnoscuntur, aut per caussam absunt communionis hereditariæ; quidam tamen putant hanc actionem non competere, sed, quod idem rescriptum continet, mandati, aut negotiorum actionem. Ego autem non dubito quin petitio hereditatis et hoc casu competat, tanquam de re hereditaria, si modo iste est casus *d. L. si et rem, L. quod in diem,* §. *sed et is.* §. *Idem Julianus de petit. hered.* Nec ad rem pertinet quod rescriptum dicat privatas actiones de nomine competere.

XV. Quod autem ad ea verba attinet quæ supra ex Paulo retuli, cujusmodi ea sint expendendum est. Non tum de pretio rei hereditariæ loquitur, sed si quid, inquit, in ea venditione dolo fecerint quo plus, intellige, quam pretium ad eos perveniret. Finge præsentes rem centum aureis vendidisse ea lege, ut præsentes rem aliquam ea gratia acciperent. Id vero familiæ erciscundæ judicio præstabitur; quia indivisum eum fuerit, pro parte a præsentibus capi non potuit.

XVI. Damnum quod hic locus complectitur, hujusmodi est: si unus rem hereditariam corrupit: si servitutem negligentia sive non utendo perire passus est. utrumque si jam hæres factus, cum se hæredem sciret, fecit, *L. et puto.* §. *et ideo et seq. L. heredes,* §. *Item culpæ. D. eod.* Illud notandum est, eum qui rem hereditariam corrupit, ita hoc judicio teneri, ut sit etiam eo nomine actio legis Aquiliæ; sed si lege Aquilia agatur, duplum; si hoc judicio, simplum tantum futurum esse, quoniam rei persecutionem duntaxat hoc judicium persequitur, *L. et puto,* in fin. *L. damno, seq. D. eod.* congruit quod de petitione hereditatis scriptum est *in L. item veniunt,* §. *cum prædiximus, D. de pet. her.*

XVII. Fit per heredem quominus quid acquiratur, cum optio defuncto delata est, quam unus dissensu suo impedit, efficitque ut ea res detur quam habere non expediat, *L. herede,* §. *si incerta, D. eod.* hujus generis est. etsi administratione rerum hereditariarum suscepta, quas pro parte genere recte non potuit, nummos quæsivit minus quam licebat.

XVIII. In his quæsitum est, quoniam fieri potest, uti quod abest absit heredis dolo, absit culpa, absit etiam negligentia et socordia; utrum hæc omnia heres heredi hoc judicio præstare debeat, an quædam, et quæ tandem debeat. De hac re ita Paulus definit *L. her.* §. *non tant. D.* eod. *non tantum dolum, sed etiam culpam in re hereditaria præstare debet coheres; quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum. Non tamen*

*diligentiam præstare debet qualem diligens paterfamilias, id est quoniam hic propter suam partem caussam habuit gerendi, et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit. Talem igitur diligentiam præstare debet, qualem in suis rebus.* Hactenus Paulus; hoc vero est quod referre putemus, utrum in his familiæ erciscundæ, aut negotiorum gestorum competere putemus. In hac enim etiam diligentia exigitur, quoniam negotia nulla necessitate rei nostræ gerendæ administrantur, §. 1. *Inst. de oblig. quæ ex quasi cont.*

XIX. Dixi quæ essent hujus judicii præstationes: dicendum videtur, cur personales nominentur, unde contrahantur, et quid tandem pertineant ad hanc judicii rationem. Personales dicuntur, ut cæterarum rerum obligationes, quia personam obligatam tenent, rem non sequuntur. Id ex eo licet intelligere, quod rerum hereditariarum divisio, nisi rebus extantibus, esse non potest: præstationis personalis petitio, etiam re sublata, manet; ut si animal occisum sit, si sumptus in rem hereditariam facti sint, eaque perierit, *L. sed et ejus*, 24. *L. si servus* 51. *D. eod.* obligatio ex communione nascitur, ad quam pertinet rem ex bona fide geri: qua eadem ex re efficitur, ut neque quisquam sociorum eam violare facto suo debeat, et si quid ipse in eam caussam impenderit, æquum sit ut exigere liceat. Est igitur hic quasi contractus quidam, de quo genere in §. *Item si Inst. de oblig. ex quasi contr.*

XX. Atque hinc est quod hoc judicium mixtum dictum est, tam in rem quam in personam, §. *quædam, Inst. de actio.* Quod enim ad res hereditarias attinet, actionis in rem speciem habet, quoniam unusquisque in his partem persequitur; sed in eo ipso etiam personales actiones partem habent. Judex enim, res dividendo et certas partes cuique assignando, non restituit cuique quod suum fuerat, alioqui partes indivisas, quæ ante fuerant, relinqueret; sed etiam de alieno cuique adjudicat. In personalibus præstationibus, aperte in personam est. Etenim, dicet quispiam, judicium hoc ad hereditatis divisionem comparatum est. Ut igitur ea quæ supra dixi, præstare heredem heredi æquum sit, tamen hoc judicio præstari convenire non videtur. Quid enim hæc ad divisionem hereditatis pertinent? pertinent hoc modo: non enim solum hereditatis sunt res hereditariæ, sed etiam commoda et incommoda hereditaria, *L.* 1. 2. 3. *de bonor. poss.* In his autem rebus ex quibus præstationes esse diximus, commoda et incommoda hereditaria continentur. Recte igitur venient in hoc judicium ut communicentur. *L. item ex diverso* 19. *D. eod.* Quod heres in rem hereditariam impendit, quod quidem hoc judicio repetere possit, hereditariæ communionis incommodum est. Nam nisi ideo rem totam hereditariam attingere necesse habuerit, quod heres esset, huic judicio locum non esse diximus. Et quod in parte coheredis damni datum est, ab hereditaria communione, non ab herede contingit. Idcirco et heres coheredem læsit, quia partem suam lædere, aut avocare non potuit, quin totam læderet aut avocaret. Et hoc est quod diximus, ita demum heredem teneri, si quasi heres fecerit, *L. et puto*, §. *et ideo*, *D. eod.* Quod autem ad coheredem pervenit ex hereditate, hoc quidem aperte commodum hereditatis est. Nihil igitur horum non recte ad communicationem hoc judicio vocatur. Communicandi ratio, si efficiatur ut neque lucrum ad unum tantum pertineat, neque onus unus duntaxat ferat; sed hæ lucri et damni partes fiant, quæ in rebus hereditariis ex institutione futuræ fuerint.

## CAP. XIII.

### Quæ partes judicis in hac actione.

*Judicis est hereditatem, eamque totam dividere.* I.
*In rerum divisione, testatoris voluntatem; si qua est, judicem sequi oportet.* II.
*Ea aut in onere consistit: æris alieni quantum injungi possit; et quod hic judicis officium.* III.
*Aut in prælegato; prælegatam pecuniam totam heredi præcipuam judicare debet judex; eoque jure qua esset cuivis alteri legata.* IV.
*Aut etiam in rerum assignatione facta inter heredes, rataque intra Falcidiæ modum; quod quale sit explicatur.* V.
*Qualiscumque testatoris in ea divisione voluntas, rata, dummodo inter liberos; inter extraneos minime valet nisi solemnis.* VI.
*Quam divisionem servare debeat judex in rebus a testatare non divisis.* VII.
*Demta testatoris voluntate, quam divisionis formam judex sequi debeat.* VIII.
*Si judex uni rem adjudicet, alteri usumfructum, non hi in usumfructum concurrunt: cur secus in legatariis.* IX.
*Et quæ talis adjudicationis expediendæ ratia, et quod ejus emolumentum.* X.
*Servitutem haud, ut fundus hereditarius hereditario serviat, recte judex imponit, cum rem adjudicat.* XI.
*De pignore, quod et ipsum venit in hanc divisionem, quo in loco auctor.* XII.
*Res hereditarias nullius pretii neque dividi, neque adjudicari oportere; sed vel apud unum heredem, aut in loco publico deponi: quæ illæ sint.* XIII.
*Nomina in divisionem non veniunt, ideo neque in hoc judicium.* XIV.

I. Jam quæ partes judicis sint, ad eam divisionem quam quærimus, consequendam dicatur. Judex de dividenda hereditate sumptus est. Principio igitur hoc statim de officia ejus præcipiatur, ipsam totam dividere debere. Ex quo, si quid indivisum reliquerit, aut si in quorum persona condemnationem fecerit vel absolutionem, in quarundam persona prætermiserit; ne in cæteris quidem quod fecit, valebit, quia non possit uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere, *L. heredes*, *§. Judex*, *L. in hoc judicio, D. eod.* Denique sententiam non dixit, nisi qui de tota controversia judicavit, *L. qualem*, *§. dicere*, *D. de recept.* Plane eas res dividere debebit quæ proponentur. Si quæ in judicium deductæ non sint, ob eamque caussam indivisæ manserint, non eo minus judicium valebit; de indivisis autem communi dividundo agetur, ut initio diximus, *L. si filia*, *§. familiæ*, *D. eod.* hoc posito, cum duas res in hoc judicium venire dixerimus, rerum hereditariarum divisionem et præstationes personales, quas easdem res hoc judicium persequitur; in præstationibus quidem personalibus judicis condemnatio solum quæritur; quæ qualis esse debeat, ex præcedentibus intelligi potest. In rerum divisione, quæ sit potestas judicis, seu qualis judicis divisio esse debeat, solum est quod quæri debere videatur.

II. Et quidem, si inter consentientes res agitur, quod malunt litigatores, id judicem exsequi convenit, *L. judicem*, *D. com. divid.* Si de divisione non convenit, voluntas primum testatoris, si qua proponetur, legem dabit. Si nulla alia erit, quod commodissimum est, id judex sequetur. Voluntatem quidem testatoris de divisione rerum, in hac re ut cæteris, sequi oportere constat, *L. filii*, *L. si cogitatione*, *C. eod.*

III. Ea est aut in onere æris alieni alieni injungendo; aut in prælegando, aut in rebus inter heredes assignandis et dividendis. Æs alienum alicui si injunxit, id suscipere heres debet usque ad dodrantem hereditatis; nam quartam integram habere debet. In eo officium judicis, ut is heres caveat cæteris coheredibus, se eos indemnes esse præstaturum, *L. si filia*, *§. Papinianus* *§. idem Papinianus*, *D. eod.*

IV. Heredi si quid prælegatum est, judici convenit ut id præcipuum ferat secundum voluntatem testatoris, id est et totum, et eodem jure quo alius quivis, si ei legatum esset. Totum dicimus, quia de pecunia dubitari potest uni legata, quæ in hereditate non reperitur; in qua quæritur utrum heres totam de hereditate sumere debeat, an partes duntaxat hereditarias a coheredibus petere, partem secum compensare. Ut puta, ex tribus heredibus uni triginta legata sunt quæ non sunt in hereditate, utrum viginti duntaxat capiet a coheredibus; decem reli-

qua si petet, recte dicetur ipsum, quasi hujus legati partem ferre debeat, hæc decem sibi solvere eoque et secum pensare debere. Sed quæ corporis legati, eadem pecuniæ legatæ ratio erit, ut eam heres ex hereditate sumere debeat; quod si non erit, rem hereditariam vendi oportet, unde pecunia conficiatur. Quod autem eodem jure prælegatum habiturum diximus, quo si alii legatum esset, eo pertinet, rem prælegatam, si forte fuit pignori obligata, lui a coheredibus oportere, *L. si pignori*, *L. paterfamilias*, *C. eod.* Ita jus foret, si extraneo alicui res legata esset, §. *sed etsi rem Inst. de leg.*

V. Divisio rerum et assignatio a testatore facta, eodem modo, intra modum legis Falcidiæ rata est; quæ res melius ex his rescriptis intelligetur, quæ sub eodem titulo in Codice extant: quorum unum Gordiani est in hæc verba: ***Quoties inter omnes heredes testator successionem suam dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quæ in eisdem sunt constituta, jubet esse contentos; voluntati ejus, salva legis Falcidiæ auctoritate, obtemperandum esse manifestum est.*** Item aliud Diocletiani et Maximiani. ***Si cogitatione futuræ successionis, officium arbitri dividendæ hereditatis præveniendo, pater communis, suo vel qualicunque judicio, suam declararit voluntatem; inter eos qui successerunt, exemplo Falcidiæ retentionis habito ratione, familiæ dividundæ caussa datus arbiter, pro virili prætereo portione eorum quæ nulli generaliter vel specialiter assignavit, facta divisione, in adjudicando patris sequetur voluntatem.*** In qua specie animadvertendum est eam quæ in superioribus rescriptis retentio ex lege Falcidia fieri dicitur, et in quibusdam aliis ejusdem tituli rescriptis servari dici ex senatusconsulto, ut *L. filii*, *L. ult.* verba sunt hæc *ex L. filii* : ***Sed etsi, tam circa testamentum quam etiam codicillos judicium ejus deficiat, verum quibuscunque verbis voluntas ejus declarata sit, licet ab intestato si fuerit successum ; ex senatusconsulto , retentionis modo servato , familiæ erciscundæ judicio aditum judicem sequi voluntatem patris oportere. juris auctoritate significatur.*** An Pegasianum sive Trebellianum intelligimus? aliud quo quartam de hereditate retinere liceat, nullum proponitur. §. *sed quia heredes*, §. *sed quia stipulationes*, *Inst. de fid. hered.* at hoc Senatusconsultum, nisi cum heres de hereditate restituenda rogatus est, locum non habet, *L. cogi*, §. *generaliter*, *D. ad Treb.* hic res singulæ divisæ, et prælegati vice cuique assignatæ sunt. Quod si Senatusconsulto resolutio fieret, non susciperetur in hac specie æs alienum pro portionibus hereditariis, sed quantum de hereditate apud fideicommissarium esset, tantum transiret in eum æris alieni, §. *si quis una*, *Institut. de fid. hered. L. 1. D. ad Treb.* Quod secus est, ut scriptum est in *L. 1. C. si cert. pet. L. ex facto, D. hered. inst.* Sed expendendum est quid in superiori rescripto dicatur: non hoc dicitur, quartam ex Senatusconsulto retineri; hæc species revera ad L. Falcidiæ pertinet, sed illud, modum retentionis ex Senatusconsulto futurum esse. Id autem est ex forma Senatusconsulti, quod ideo dici videtur , quia in specie proposita in quartam heres imputat quod habet jure prælegati, *L. Nesennius D. ad falcid.* Est autem ex sententia Senatusconsulti, ut in quartam fideicommissariam imputentur etiam ea, quæ jure hereditario non capiuntur ; in lege Falcidia contra, *L. in quartam, D. ad L. Falcid. D. ad Trebel.*

VI. In hac divisione et assignatione testatoris, placet omnem ejus voluntatem ratam esse debere, de qua aliquo modo constet ; si quidem res inter liberos geratur. Adversus extraneos autem, non aliter esse servandam, quam si supremis tabulis aut codicillis, idest solemni aliqua testata voluntate, *L. filii, L. ult. C. eod.* Ex ea divisione, ut modo diximus, non pro modo emolumenti onus æris alieni futurum est, sed proportionibus hereditariis, *L. 1. C. si cert. pet.* nisi tamen quid contra testator de ære alieno nominatim statuerit, *L. 1. si filia*, §. *si pater, D. eod.*

VII. Quid si testator, rebus quibusdam divisis et assignatis, quasdam indivisas reliquit? hic, de his quæ indivisæ manserint, dubitatio affertur, quam divisionem in his judex servare debeat: utrum ad eum modum dividere, quem testator in cæteris rebus secutus est; an pro portione hereditaria, quas ille de divisione omnino cavisset. Dubitationis caussa ex eo, quod aliis in caussis multis, cum testator certas partes inter coheredes fecit, si alia voluntas testatoris proponitur inter eosdem, neque ullas partes expressit, easdem partes fecisse et repetiisse existimatur; ut, cum instituit aliquos ex diversis partibus, eosdem invicem substituit, partibus non adscriptis, videtur et easdem in substitutione fecisse, *L. si plures D. de vulg. sub.* Sed recte hoc, cum alia voluntas sequens æque principalis proponitur. At si principalis aliqua est, de qua aliquid a testatore excipitur; quantum exceptum erit, tantum de ea voluntate immutabitur. Si aliquid non erit exceptum, vel hoc ipso voluntas præcedens cæteris in rebus confirmabitur. Testator heredes cum instituit,

dominos eos rerum hereditariarum pro portionibus hereditariis fecit. Si de eo aliquid detrahit quod alteri assignet, erit hoc ratum, tanquam quod de præcedenti voluntate exceptum sit. Si alia non detraxit, aperte ea ad præcedentem voluntatem pertinere voluit. In eam ergo sententiam, de hac quæstione Papinianus respondet. Verba Papiniani sunt hæc in *L.* 32. *D.* eod. *Quæ pater in filios non divisit, post datas actiones vice divisionis ad singulos pro hereditaria portione pertinent, si modo cætera quæ non divisit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.* In unum non contulit, id est in unum ex liberis. Vel res datas non sequuntur, id est rebus datis et assignatis non cedunt, et eorum jus et conditionem non sequuntur. Ut sit sensus: si quæ res ex divisione alicui datæ sint; non solum ejus futurum esse, quod datum est, sed etiam quod ei rei cedit. Cujus generis est quod rebus datis accessit, ita ut partem faceret et quod propter vicinitatem ab his trahitur, et quod ex his natum est. De quibus alio loco dicendum est. Exempli caussa; ædificium areæ impositum, aream sequi dicimus; fœtum et partum, ejus conditionem et jus unde natum est, *L. Minutius D. de rei vind. L. Paulus, §. Domus, D. de pig. L. partum, C. de rei vind.*

VIII. Voluntate testatoris de rerum divisione detracta, quid judicem facere conveniat, videamus. Ut quisque heredum, partibus divisis et certis, tantum ferat quantum prius habebat indivisis partibus, quæritur. Id non in eo positum est, ut res singulas judex dividat et partes cuique attribuat; sed alias res dividet, alias singulas singulis totas adjudicabit, alias universas scilicet, ut commodum videbitur. In rebus quidem corporalibus id commodum esse videtur, ut si plures sint hereditariæ, singulis singulas assignet, ut, vice cujusdam permutationis, heredes inter se res habere incipiant. Corporum divisio res ipsas multo viliores et minus commodas facit, *§. si familiæ, Instit. de offic. jud.* Quod si res ejusmodi sint, quæ inter se non respondeant ad permutationem, possunt omnes uni adjudicari, *L. antep. D. famil. ercis.* Si res una est, quæ commode dividi non possit, tum multo citius uni tota adjudicabitur. Si dividi potest, tum pluribus adjudicabit judex, sed ita ut dividat, et singulis certas regiones adjudicet; in quo et veterem divisionem testatoris sequi potest, et novam instituere, *L. item Labeo, D. eod.* Indivisam rem pluribus adjudicare non potest, nisi adjudicet iis quibus prælegata est, quo casu etiam indivisam tradere cogitur, *L. item Labeo §. 1. D. eod.* Nec contrarium est quod diximus, judicem familiæ erciscundæ nihil debere indivisum relinquere, *L. heredes, §. Judex, D. eod.* Res et judex dividere debet, sed ex hereditate communes, *L. ex hereditate, D. eod.* At inter heredes quibus eadem res prælegata est, non est res ex hereditate communis, sed partim ex legato, partim jure hereditario; non habent denique eam tanquam heredes. Itaque traditur *in L. 2. D. com. divid.* de hoc genere judicium esse communi dividundo. Et hæc quidem est attributio rerum, quam adjudicationem vocamus. Est autem adjudicare, sententia sua aliquid attribuere alicui, quod ejus proprium fiat, cum antea ejus non esset. Unde assignare pro adjudicare legimus, in *L. item Labeo, §. 1. D. eod.* et ex adjudicatione rem propriam fieri ejus cui adjudicata est, scribit *Just. in §. ult. Inst. de off.* Sed sive res dividit judex sive non dividit, id agere debet, ut cuicunque recte adjudicat, is nihil amplius, ex adjudicatione, quam socius habeat. Quod quidem, si ex modo et quantitate rerum cuique assignatarum æstimetur, facile consequi non potest. Quando enim tanta æqualitas rerum et partium inter se esse potest, ut una nihilo plus valeat quam altera? Quid si etiam res totas uni alicui adjudicat? Ergo hac ratione æqualitatem consequetur. Res ipsæ æstimantur: tum si quid unus videbitur plus habere quam alius, eum qui plus habebit, socio in tantam pecuniam condemnabit, quanto socio opus est, ut æquam partem æstimationis ferat. Ut si uni res totas adjudicet; eum in dimidiam rerum æstimationem, socio qui ex æquis partibus heres sit; si utrique res aut partes rei assignet, eum qui plus habet, in partem dimidiam ejus quantitatis quæ excurrit, condemnabit. De quo est hoc exemplum familiare apud Theophilum *in Instit. §. si familiæ, de off. jud.* Primo adjudicavit res aliquas quæ mille aureis valent, Secundo alias, quæ octingentis. Primum Secundo in centum aureos condemnabit, ut ita uterque nongentos habeat. Hæ sunt illæ adjudicationes et condemnationes horum judiciorum propriæ, quæ passim hoc tit. leguntur, *L. cum putarem, L. Mævius, §. arbiter, D. eod.* Sed prius certam æstimationem rerum fieri oportet, quam ulla sequi possit condemnatio. Quomodo igitur æstimabuntur? aut eas ipse judex æstimat, aut rem licitationi subjicit, ut qui licitatione vicerit, is eam auferat. Si res singulas singulis adjudicat aut rei divisæ partes, quia hic rerum permutatio quædam est, emptioni locus esse non potest. Ipse igitur res æstimabit. In quo, ne sibi amplius quam bono viro et arbitro innocenti commissum putet, hoc præ-

cipitur; res enim æstimare debere justo pretio, *L. item* §. *D. eod.* Item debere universas. Cum familiæ ercisundæ, inquit Julianus, in *L. Mævius*, 52. §. *ult. D. eod.* vel communi dividundo agitur, universæ res æstimari debent, non singularum rerum partes; ideo quod totius rei æquam partem quisque consequi debet; et quia rei non potest, debet partem totius æstimationis. Rem ergo totam æstimari oportet, ut justa æstimatio totius rei efficiatur. Partes separatæ per sese multo minoris esse consueverunt. Multo pluris totæ propter commoditatem rerum conjunctarum. Itaque universas hoc loco sic accipere debemus totas, non autem res omnes universas. Quod inde intelligere possumus, quod opponit Julianus partes rerum singularum universis, id est separatas conjunctis. Si judex res universas uni adjudicet, ut in hunc solum condemnatio et adjudicatio conferatur, aut uni rem unam sine permutatione adjudicet, quod coheredibus commodum erit, rem licitationi committet, ut is rem auferat qui plus dederit, *L.* 6. *L. Item Labeo*, §. 1. *D. eod.* In quo quæ æstimatio sit, cum eam licitatio certam faciat, stultum est quærere.

IX. Illud in potestate judicis de permutatione rerum et adjudicatione, nescio quomodo præter cætera notandum est, quod non solum licet judici rem uni adjudicare, ut alteri vicissim aliam adjudicet; sed etiam unam rem, alii pro eo ejusdem rei usumfructum, qui quidem modus inter res quibus ususfructus constituitur, numeratur, *L.* 6. *D. de usuf.* unde illud quæsitum, cum id judex fecit, utrum coheredes in usumfructum fundi concurrant, placetque non concurrere, *L. puto* §. 1. *D. eod.* Et sane, si testator hoc idem fecisset, id est uni fundum, alteri fundi usumfructum legasset; concurrerent legatarii in usumfructum, quia testator fundum legando, una et usumfructum dare intelligitur, qui a proprietate non sejungitur. Inde inter hos jus esse accrescendi legimus, *L.* 3. §. *ult. D. de usuf. acc. L. si alii, D. de us.* qui nisi inter eos quibus ejusdem rei ususfructus legatus est, esse non potest, *L.* 1. in princ. *D. d. usuf. ac.* Sed non idem in hac judicis adjudicatione existimari potest. Verba enim testatoris, cum hanc significationem habent, *ut fundi legato ususfructus contineatur*, tum vero sententia non refragatur. Ideo et verbis standum est, *L. non aliter D. de leg.* 3. in adjudicatione judicis, etsi verba eadem sunt, tamen quid agat judex manifestum est. Partes enimque suas separatas assignare vult; cui divisioni repugnat usumfructum communem constituere. Non erit igitur in usumfructum concursus contra manifestam judicis sententiam; verba enim voluntatibus hominum servire debent. Illudque in omnibus, cum dictis et scriptis, tum factis tenendum est, non quo quidque modo scriptum aut factum sit, sed quid actum sit spectari oportere, *L. semper in stipulationibus, L. in obscuris, D. de reg. jur.*

X. Id mihi in hac specie adjudicationis quærendum esse visum est, qui tandem possit procedere. Non dubium est eum plus habere qui fundum habet, quam qui usumfructum fundi; namque proprietas perpetua, et post mortem fructuarii plena; ususfructus personalis, eoque et temporalis. Ita fit ut, si rem ad æquabilitatem revocare volumus, et fundus quanti sit, proprietate detracta, et ususfructus quanti æstimari debeat. At ususfructus æstimari non potest. Tanti enim sit necesse est, quanta erit fructarii vita, ex cujus persona fructus percipitur. Hoc autem incertum quamdiu vivat, crasne moriatur an non post multo: an contra, quam longissime vitam protrahat. Mihi videtur, sic res transigi debere: non ususfructus æstimandus, sed reditus singulorum annorum; hæc vero æstimatio certa: hoc constituto, qui usumfructum habet damnabitur coheredi, ut ei partem æstimationis, mercedis cujusdam loco, præstet quotannis. Hanc qui condemnatus est aut præstabit, aut res ab eo vindicabitur; qui si exceptionem objiciet de re ususfructus nomine sibi tradita, exceptio replicatione doli mali elidetur, arg. *si ususfructus, D. usufr. quæ cau.* Ex altera parte et fundus æstimabitur quanti sit, contempto usufructu. Id quoque rursum certum est. Sic deinde is cui fundus adjudicatus est, damnabitur coheredi, ut partem æstimationis præstet, tum cum fundum pleno jure habere cœperit, id est, cum ususfructus fundi ad proprietatem redierit. Sed quid hac circuitione, opus est, quæret aliquis? cur non potius uni fundum totum cum usufructu judex adjudicat, hunc deinde in partem æstimationis coheredi condemnat, ut uterque partem statim habeat, eademque opera ab omni controversia discedatur? Quia interdum expedit coheredi, ne pecunia et tota repræsentetur, ne forte acceptam consumat. Igitur hoc modo illi vel utrique potius consuletur ut, constituto alteri usufructu, uterque reditum in singulos annos sibi paratum, et de re ipsa nihilominus consultum habeat: hæc de rebus hereditariis statuere potest judex, quæ omnia ad divisionem rerum pertinent.

XI. Quod si quid, ultra adjudicationem rerum et condemnationem, quibus rebus di-

visio transigitur, judex sibi sumet, frustra sumet, quia divisio illi tantum permissa est; ultra id autem quod in judicium deductum est, potestas judicis excedere non potest: hujus generis est, si statuat ut fundus hereditarius non hereditario serviat, *L. ut fundus D. commu. divid.* Plane, ut fundus hereditarius hereditario serviat, servitutem imponere potest, *L. item Labeo, §. sed etiam, D. eod.* Neque hoc ad divisionem non pertinere, et ideo judici non esse permissum quisquam putaverit. Ut enim, jurisdictione data, ea omnia concessa esse intelliguntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest, *L. 2. D. de jurisd.* ita, divisione et adjudicatione delegata, ea omnia accedent, sine quibus res assignata commode haberi non potuit. Itaque tunc judex servitutem pro potestate recte imponet, cum res hereditariæ quas diversis adjudicat, vicinæ sunt, et una alterius auxilio et servitute indiget. Sic tamen servitutem recte imponet judex, si tunc imponat cum rem adjudicat. Quod si pure alium fundum adjudicando, amplius servitutem imponi non posse placet, *L. item Labeo, §. sed etiam, D. eod.* recte, quia, re adjudicata, judex in ea judex esse desiit, officio suo functus, *L. judex postea quam, D. de re judicata.* Nihil igitur deinceps de ea statuere, vel ei acquirere poterit, qui neque judex est, neque dominus unquam fuit.

XII. Sed superior forma divisionis cæteris in rebus hereditariis valet. In pignore, quando id quoque in divisionem venire diximus, propria quædam ratio est; non enim dividitur, quia res aliena est, sed uni semper totum adjudicatur, ut is coheredi in tantam pecuniam damnetur, quanta pro parte debetur. De quo cum extet responsum Pauli obscurius scriptum *sub eod. titulo Digestorum*, ejus interpretationem in extremum locum rejecimus, ubi seorsim enarraremus.

XIII. Interim autem hoc relinquitur, quæcunque res hereditariæ sunt corporales, eas aut dividi, aut totas adjudicari debere. Verum id ad eas pertinet, quæ aut dividi possunt, aut certe quarum aliqua æstimatio est. Quod si rei hereditariæ nullum prætium sit, neque ea dividi possit; neque dividetur, quia non potest; neque cuiquam adjudicabitur, quia adjudicatio condemnationem adjuncta habet ejus, cui res adjudicatur. Nulla autem condemnatio in ea re quæ nullius pretii est. Hujus generis res sunt testamenti tabulæ, et cautiones hereditariæ, quarum constat nullum esse precium, si per se spectentur, sine nominibus et iis quæ in testamento continentur. Et tales spectari in hac adjudicatione, siquidem ulla fieret, oporteret. Neque enim nomina aut hereditas, vel legata adjudicantur. Nihilne ergo de his statuetur? imo visum est ea deponi oportere; siquidem, sit unus aliquis heres majore ex parte institutus, apud eum; si omnes sint ex æquis partibus heredes, neque inter eos conveniat quid de eo fieri oporteat, in ædem sacram, jubente judice; nostris moribus, in eum locum in quem, pro more cujusque regionis et consuetudine, res maxime tuto, auctore judice, deponi solent: hæc in *L. 4. §. ult.* et *L. seq. D. eod.* Apud eum qui majore ex parte heres est, consentaneum est deponi potius, sine controversia, quia et ei majorem honorem testator habitum esse voluit, et ab eo nullus metus esse potest quin eas res diligentissime asservet; neque quenquam in his falsi excogitari patiatur, cujus maxime interest cautiones et instrumenta salva esse. Sed nonne, aliquibus heredibus ea licitari volentibus, recte facit judex, si rem ad licitationem deduxerit, ut qui licitatione vicerit, hic habeat instrumenta hereditaria? Non placuit, *L. 6. D. eod.* Et recte. Nam si res ad licitationem deducetur, is cautiones feret qui minore ex parte heres erit, vel tantillum offerendo, nisi is qui majore ex parte heres est, plus obtulerit. At utrumque iniquum, et illum penes se cautiones habere, quantumcumque obtulerit; et hunc, ut habeat, aliquid solvere, cum res sit nullius pretii. Hæc de rebus corporalibus dicta sunt. De usufructu et aquæductu, id sequemur quod scritum est luculenter in *L. com. divid. §. eum de usufr. L. arbor, §. ult. D. com. divid. L. et puto, D. h. t.*

XIV. Nomina in divisionem non venire supra dixi, sed interdum alia aliis solida attribui, de quo in *L. 3. D. eod.* sed hæc res ab adjudicatione multum discrepat, ut in *L. 3.* demonstratur *D. eod.*

## CAP. XIV.

### Quid heredes condemnationem et adjudicatione consequantur.

*Adjudicatione sola dominium tribui adjudicatæ rei, atque ex eo actionem et exceptionem.* I.
*Alienæ rei, tanquam defuncti, adjudicatæ dominium non transit; sed præstanda a coheredibus illo nomine evictio* II.
*Quæ actio heredi adversus coheredes, ubi nihil de eo cautum.* III.
*Transitio.* IV.

I. Nunc videamus, quid heredes adjudicatione consequantur. Nam ex condemnatione quid consequantur hi, quibus coheres damnatus est, et quibus ex eo quid præstitum est, ne quærendum quidem videtur. De adjudicatione non immerito, quia neque res omnes pleno jure fuerunt defuncti, neque si fuissent, id, partibus divisis, heredum esse potest, quod antea fuit, indivisis partibus. Et si breviter dicendum est, tantum iis affert adjudicatio, quantum futurum esset, si idem constitutum et delatum ab iis esset, qui domini fuissent, scilicet ut, si res tanquam quæ defuncti foret, adjudicata sit, is statim dominus efficiatur, cui adjudicata est, *§. ult. Inst. de off. jud.* si tanquam quæ in bonis et alio quo jure defuncti fuerit, eadem actio et exceptio heredi detur quæ defuncto, ut si res fuerit pignorata; si quid novi constitutum sit, ut ususfructus, perinde, ut a domino datum sit. Id sic Paulus definit in *L. inter §. 1. D. eod. Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando.* In quo ratio civilis dominii animadvertenda est; non tam quod is transfert qui dominus non est, quia id voluntate dominorum fieri videtur, quam quod sola adjudicatione dominium transfertur sine traditione; cum jure gentium dominia traditionibus acquirantur. *L. traditionibus, C. de pact.*

II. Sed potest res, tanquam defuncti propria adjudicari, quæ aliena fuerit. Quo casu, nemo dixerit eum dominum fieri cui adjudicata est res; et hereditarias dividit judex, et de his, quod commodum sit ad divisionem statuit. Eas, quæ hereditariæ non sint, hereditarias facere non potuit. Ob eam rem cautum est, ut quidquid, tanquam quod esset defuncti, adjudicatum est, in eo a coheredibus illi de evictione caveatur, ut si res evicta sit, pretium quod dederit, aut partem aliarum rerum consequatur, *L. heredes §. penult. D. eod.*

III. Faciamus id omissum esse. Re evicta, quæ heredi adversus coheredes actio est? Nam hujus periculum esse cui adjudicatum est, et cuiquam adjudicationem nocere non decet. Quin imo nec adjudicatum quidem dicendum est quod non mansit. Hæc erit actio. Si heres rem ex licitatione aut æstimatione judicis habuit, ut pro ea in certam quantitatem coheredi damnaretur, quia hic emptio est, ubi pro re æstimata certum pretium datur; ex empto actio erit cum coheredibus, ad quos videlicet pretium pervenit, *arg. L. plerunque, D. de jur. dot. arg. L. Quidam, D. de evict.* Sin res divisæ sunt inter heredes, quasi permutatio quædam inter coheredes facta esset, placet, ob rem evictam, præscriptis verbis esse actionem, *L. si filiæ, C. eod. L. si fratres, Com. utr. jud.* Hæc ex eo nascitur, quod quis alii dedit aliquid, aut apud eum quid de suo esse passus est, ut vicissim ab eo acciperet. Non videtur autem accepisse is qui coactus est reddere.

IV. His expositis quæ naturam hujus judicii continent, nunc seorsim duo capita enarrabo, quæ insigni quadam difficultate sub his titulis occurrunt. Quorum alterum Pauli est, *L. si pignori, 29. D. eod.* alterum rescriptum Diocletiani et Maximiani, cujus initium est, *filium quem habentem, C. eod.*

### *Ad L. si pignori, 29. D. eod.*

Obscuritas hujus responsi ex ambiguitate scripti est: quæ tanta est, ut videatur Paulus divinaturis scripsisse, non intellecturis. Demus operam ut explicetur. De adjudicatione pignoris duplex quæstio est, quam utramque Paulus hoc capite complectitur. Prior illa, cum pignus uni ex coheredibus adjudicandum sit, qua lege et conditione adjudicetur. Ille ostendit hac lege, ut is cui adjudicatur, pro parte coheredi damnetur. Quanti damnetur, Paulus prætermisit. Res flagitat, ut in tantam pecuniam damnetur, quanta satis sit, ut illi pro parte satis fiat: pecunia autem illi debetur. Sic igitur, ut

alibi Ulpianus, divisio fiet, ut non vero pretio æstimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea debetur, *L. 7. §. Inter, D. com. divid.* Altera huic consequens quæstio: cui pignus adjudicatum est, quid ex adjudicatione consequetur? hæc vero rursum duplex: primum, quid adversus coheredem; tum quid adversus debitorem cujus nomine solvit? De utraque Paulus ad hanc sententiam. De priore ita: eum cui pignus adjudicatum est, adversus coheredem suum ex adjudicatione nihil consequi; hoc autem est, coheredem non debere illi promittere illum indemnem futurum adversus debitorem, quanvis forte pignus evincatur, et debitor solvendo non sit, probat hoc exemplo Paulus. Nam, si possessor a domino aut creditore conventus, maluerit æstimationem rei præstare quam rem restituere, petitor de evictione illi non cavet. Possessoris enim culpa est, quod rem non restituit, *L. ex divers. §. petitor. D. de rei vind.* Coheres autem cui pignus adjudicatur, in eadem caussa. Pignoris namque æstimationem præstare male intelligitur, quam pignus coheredi cedere. Quare ei hoc exemplo non cavebitur.

Quæ quidem ego an similia videri debeant non satis scio; invito enim pignus adjudicatur. Quapropter in eo, si pignus habet nulla culpa sit, contra is, qui hypothecaria convenitur, volens pignus retinet; quod si vellet, posset et deberet etiam restituere: sed tamen hæc Paulus comparat, scribitque hoc in illis verbis *nec cavere* usque adversum *contra*. In quibus ambiguitas animadvertenda est. Verba hæc sunt: *is cui pignus adjudicabitur, in familiæ erciscundæ judicio pro parte coheredi erit damnandus; nec cavere debet:* incertum est, velit ne eum non debere, cui pignus adjudicatur, an vero coheredem cui ille damnatur. Nam utrunque prius nominavit. Et quidem quod ad difficultatem facit, ut præcedens oratio est, pro *erit*, eum intelligi potissimum, cui pignus adjudicatur. Is enim est de quo præcedens propositio affirmatur. At hic accipi non potest. Cui enim pecunia a coherede soluta est, is nullam divisionem metuit, si pecunia fuit coheredis; si non fuit, neque coheres, neque debitor liberatus est, ut frustra amplius caveretur quod satis per se debetur. Is solum laborat de damno qui pignus possidet; quia periculum sit ne pignus evincatur, atque ita amittat quod coheredi solverit, si a debitore id consequi non potuerit. Ita huic solum de indemnitate prospectum esse oportuit. Quod, cum ita sit conditio rei de qua agitur, quem intelligere debeamus nos admonebit. Sequitur illud alterum, quod is cui pignus adjudicatum est, adjudicatione adversus debitorem consequatur. Id esse innuit Paulus, ut totum ab eo consequi possit, et quod sibi pro parte sua debeatur, et quod coheredi damnatus solverit, ut si toto hoc non soluto, debitor pignus repetat, exceptione doli removeatur, eum possessor coheredi solvendo, debitorem a coherede liberarit, *L. 1. L. 2. D. quib. mod. pign. vel hy. sol.* Id autem ait consequi posse illud contra, ut sit *contra*, vice versa, quia prius dixisset possessorem pignoris a coherede suo nihil consequi, quod adversus debitorem contra est. *Contra quoque*, inquit, *si is heres cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est:* hic rursum ambiguitas verborum Pauli animadvertenda est; ut enim verba concepta sunt, hic sensus esse debuit, si possessor pignoris velit totum reddere, supple pignus (nam de eo agitur), audiendus est; quod quidem monere stultissimum fuerit, quasi quisquam dubitare possit an creditor possit pignus reddere, quod aut reddere etiam cogatur; aut si jure non debeat, possit tamen jus suum remittere. Quoniam ergo hæc sententia esse non potest, illa sit contraria necesse est; de qua sola dubitari potuit, ipsum creditorem non cogi pignus reddere, nisi totum ei reddatur. Itaque sic verba accipienda erunt: *si is cui pignus adjudicatum est, velit*, supple debitorem de quo postea agit, *reddere totum*, id est non id solum quod sibi debetur, in quod id pignus obligatum est; sed etiam quod ipse ex condemnatione coheredi solvit. Quod ipsum consequi posse possessorem pignoris, ex aliis locis liquido probatur, *d. L. 1.* et *L. 2. quib. mod. pig. sol. L. 7. §. Inter eos D. com. divid.* Ex hoc postremo responso, sive per occasionem, sive quod ad præcedentia confirmanda pertinet, licet intelligere non esse similia ea in quibus contra respondetur, quæ tamen paria videantur: tractat an idem concedendum sit adversus debitorem et creditori qui pignus ex emptione habeat, non judicis adjudicatione. Nam et coheres cui pignus adjudicatur, creditor est: ut puta, heres qui pignus possidebat, vel coheredi suo, vel alii creditori cui idem pignus obligatum erat, pignus persequenti maluit solvere quod illi debebatur, quam rem restituere. Quæro an creditor a debitore pignus repetente totum consequi debeat, et quod sibi debetur, et quod solvit alii creditori. Ait Paulus non esse idem dicendum. Et hoc est

non esse huic idem concedendum, quod quærebamus: hoc dicit illis verbis: *non idem dici potest.* Quod quidem non tantom ratione omni carere, sed etiam certis locis in contrariam sententiam scriptis refelli videtur. Cum coheres qui coheredi damnatus est, adeo in eam summam pignoris retentionem habeat, quod debitor liberatus dolo faciat, ubi, non oblata pecunia, pignus repetit; si possessor alius quivis creditori pignus persequenti solvat, et debitorem eodem modo liberet, cur debitor, si pignus repetat pecunia non oblata, non dolo facere dicatur, nulla ratio est. Jam vero et possessorem quisquis est, qui ut pignus retineret, litis æstimationem solvit creditori, posse in eam summam pignus retinere, planeque eum coherede qui coheredi partem quæ debebatur solvit, comparandum esse his locis clare ostenditur, *L. 2. §. Inter, D. com. divid. L. 2. D. quib. mod. pig. sol.* Nos vero Pauli dictum sic accipere debemus: heredem cui pignus adjudicatum est, qui idem coheredi damnatus est, posse a debitore consequi totum quod solvit, non modo si tantum solvit quod coheredi debebatur, sed etiam si quid amplius. Itaque illud verbum, quod Paulus supra posuit ἐμφατικῶς dictum esse. Creditor autem qui pignus emit, ipsum quidem quod alii creditori cui solvit debebatur, consequi poterit, in eamque rem exceptio doli proderit; quod superioribus ejus locis et æquitatis ratione defenditur. At si quid amplius præstitit, quia ipsius rei æstimationem (ut jus est possessorem pignoris in tantam pecuniam, creditore agente, condemnari, *L. si inter, §. ult. D. de pig.*) quod ultra est, non consequetur; idemque non consequetur totum, quod in eo cui pignus adjudicatum est, prius dicebamus. Ratio differentiæ a Paulo redditur, quia *adjudicatio*, inquit, *necessaria est, emptio voluntaria*, significat auxilio dignum esse eum qui præstare necesse habuit; non esse dignum eum qui sua voluntate emit, quia in potestate ejus fuerit non emere: necessitatis excusatio, similibus in caussis compleribus recepta, *L. si fidejussor, §. si necessaria, D. qui sat. cogan.* Hic occurritur. non videri nos cohærentia scribere. Sic enim dicimus coheredem cui pignus adjudicatum est, posse consequi quod amplius solvit quam coheredi debebatur, quia necessitate fecerit; quasi quidquam amplius præstare cogatur. At quidem prius negabamus illum, ultra id quod coheredi debetur, condemnari, *L. 7. §. inter eos D. com. divid.* Id sic accipiendum est, si ex æstimatione judicis pignus heredi adjudicatur, non ex licitatione. Si pignus adjudicatum a judice æstimandum est, non sane vero precio æstimabitur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur, *L. 7. §. inter, D. com. divid.* Id enim judicem spectare oportet quod res est, id est quantum sit, quo coheredi satisfiat. At si coheres, qui pignus non possidebat, ad licitationem provocavit, necessitatem hanc affert possidenti, ut aut æstimationem rei offerenti pignore cedat, aut ipse plus offerat, ut pignus ex licitatione, auctore et adjudicante judice, retineat. Id vero consequi eum debere dicimus, si quis tantum præstiterit, extra adjudicationem, non posse. Hoc dictum de emptore pignoris Paulus deinde corrigit exceptione. his verbis: *nisi si objiciatur creditori, quod animose licitatus est.* In quibus verbis hujusmodi exceptionem subesse puto superioris sententiæ. Non idem dicendum est, inquimus, in creditore qui pignus habet ex emptione, et in eo qui habet ex adjudicatione. Imo idem dicendum erit, si objiciatur creditori; intellige. cui pignus adjudicatum est, quod animose licitatus est: animose licitari is dicitur qui, studio pignoris retinendi, plus offert quam debebatur et res valeat, quamque sit ad pignoris conservationem necesse. Hic vero singularis quædam obscuritas est. Primum incertum reliquit quem creditorem in his accipere debeamus, utrum eum qui pignus emit volens, an eum cui pignus adjudicatum est. Vel verius, ut aunt verba omnia ejus præcedentia, videtur voluisse eum solum nos intelligere, qui pignus emit. Nam in hoc toto responso hactenus hunc creditoris nomine appellavit; illum nominat coheredem, cui pignus adjudicatum est. At enm qui pignus emit, intelligere nullo modo possimus. Etenim si hic non consequitur ultra quam debitorem liberavit, cum animose non emit; quanto minus id consequetur, ubi animose emit? adde quod hic ex licitatione rem non consequitur, sed quia eam restituere noluit. Restat igitur, ut ratione potius quam ex verbis, quid sentiat colligamus; nimirum eum creditorem, eundemque heredem cui pignus adjudicatum est. Deinde et in eo obscuritas non minor; quod in eo creditore cui pignus adjudicatum est, si animose licitatus est, et in eo qui pignus emit idem esse dicit, neque hoc quid sit exprimit. At quodnam hoc *idem* intelligimus? an ut is quoque qui emit, supra debitum consequatur? sed jam effectum est, hunc nihil amplius consequi posse, quam quod debitoris nomine solvit. Quare hoc quoque ratiocinando assequimur, *idem*

*esse* hoc sensu; ut neque is cui pignus adjudicatum est, cum animose licitatus est, quicquam consequatur quam quod debebatur. Ad extremum, hanc quoque ipsam exceptionem temperat illis verbis: *sed hujus rei ratio habebitur;* quorum verborum, hæc sententia est, quod diximus neutrum supra debitum consequi enim animose licitatus est, non simpliciter verum est: *sed ejus rei ratio habebitur;* id est animadvertendum erit, utrum et quando id facere debeamus. Est enim cum creditor qui animose licitatus est, supra id quod debebatur consequi possit, si præstiterit: est cum non possit. Non poterit, si nulla necessitate, sine utilitate proposita debitoris, supra debitum præstitit, quia in eo negotium debitori non gessit. Si ex utilitate debitoris plus præstitit, ut pignus retineret, non modo habebit retentionem hujus rei nomine, sed ultro actionem habebit adversus creditorem, ut in Pandectis florentinis legitur, ultro, id est etiam non exspectato eo, dum creditor pignus suum petat. Recte: quod enim creditor fecit, dum alii creditori solvit, videtur ipse fecisse per procuratorem; hic et rem domini gereret, creditor hoc facto gessit. Sic autem debitori expedire potest, supra id quod debetur præstare coheredi ad pignus retinendum, si periculum fuerit ne adversarius pignus receptum corrumperet, ut est ætatis imbecillitas, aut sunt mores, ut si proponas nepotem aliquem et decocto rem bonorum suorum. Erit autem hæc actio pigneratitia contraria, in quam actionem veniunt quæcunque in re pignori obligata utiliter gesta sunt. Summa de posteriore quæstione proposita hæc erit. Si ex duobus creditoribus, quibus eadem res pignori obligata est, unus alteri quid solvit, ut solus pignus haberet; siquidem nihil nisi quod illi debetur, repetet, sive pignus ex adjudicatione, id est necessario habeat, sive ex emptione, *L.* 1. et 2. *quib. mod. pig. sol.* sin supra quam deberetur, ad rei videlicet æstimationem, ita repetet, si debitori tantum præstari expediebat ad pignus servandum: neque hic quidquam magis quam supra interferit, quomodo creditor pignus consecutus sit. Si debitori non expediebat, hoc jam loco illa distinctio adhibenda erit, ut referre putemus, utrum ex adjudicatione pignus habeat, an sua voluntate emerit; hic nulla pignoris retentio est; illic retentio est, si modo creditor animose licitatus non sit: adjudicatio enim necessaria, emptio voluntaria.

### *Ad L. Filium quem, C. familiæ erciscundæ.*

De sententia hujus rescripti dici nihil potest, nisi prius species facti intelligatur; nam ex facto jus nascitur. At, hoc loco species facti proponitur ambigue, ex quo obscuritas quæstionis; orationis igitur ambiguitas initio nobis explicanda est: verba hæc sunt, quæ ambiguitatem habent. Testator sanxit filium habentem fundum, restituere portionem hereditatis. Duobus modis hæc verba accipi possunt. Possunt hoc modo, ut sit sensus testatorem jussisse filium habentem, id est eum qui habebat fundum, restituere portionem hereditatis. Possunt hoc modo ut sit, testatorem jussisse filium portionem hereditatis restituere, habentem fundum, id est ea lege ut fundum sibi ex hereditate haberet a se deductum, videlicet hunc habens; sic denique portionem restitueret. Ut priore quidem sensu, verbum hoc *habentem* verbo *filium* adjungatur; posteriore, adjungatur verbo *restituere*, ejusque vim determinet. Utraque interpretatio suos auctores et defensores habuit, magnos et eruditos viros: utra verior, videndum est. Et quidem, qui interpretantur, filium qui habebat fundum, rogatum esse, hoc dicunt, rogatum esse eum qui fundum habebat a patre vivo datum, ut esset apud filium peculii profectitii loco; ut sententia hæc efficiatur, eum de quarta retinenda in specie proposita agatur, quartam in hoc fundo filio assignandam, neque, ut alias jus est eum nulla quarta retinenda est, fundum eum fratribus communicandum. Hæc sententia neque verbis convenit, et sententia etiam rescripti refutatur. Jam primum hoc convenit, quod filium hunc in potestate patris esse fingunt, cum illi peculium assignant. Nam peculium patrisfamilias esse non potest, *L. ultim.* circa fin. *C. de inoff. test.* potuit esse emancipatus, et rescriptum filium simpliciter nominat. Ne illud quidem convenit, quod fundum datum voluut a patre, ut in peculio profectitio esset. Nam rescripti verba sunt, filium fundum habere. Potuit, si in potestate esset filius, fundum aliunde habere quam a patre, et ea lege donatum ne ad patrem perveniret, quo casu vel maxime fundum ex verbis habere diceretur. Verbis igitur hæc interpretatio non congruit. Sententiæ vero ipsi etiam maxime refragatur. Ait et rescriptum, portionem hujus fundi hereditariam, in quartam imputari. Id, si superiorem rationem sequimur, fieri non potest. Etenim

rogatus filius portionem hereditatis restituere, portionem hujus fundi hereditariam ex fideicommisso restituet; nam hæc fideicommisso continetur, *L. in fideicommissariam, §. ult. D. ad Trebell.* Si restituit, eam non retinet; si nun retinet, in quartam non imputat. Prius est enim ut quid habeas, quam ut in quartam imputes, *L. in quartam, ad L. Falcid.* Sed huic objectioni occurritur a Bartolo. Negat enim partem hereditariam hujus fundi restitui cum reliquo fideicommisso, non quia verbis fideicommissi continetur, sed quia propter æquitatem rei judex familiæ erciscundæ huic filio assignare debeat, ut quartam, quam alias ex singulis rebus retinemus, uunc in hoc fundo habeat.

Itaque in eam sententiam singularem hunc ex toto jure locum notandum putat, hujus singularis juris adversus significationem verborum et regulas juris, has habet rationes, quod verisimile sit optasse testatorem, ut filius hunc fundum haberet se mortuo, quem ipso vivo habuisset; deinde, quod minus grave futurum sit et acerbum filio, si suos labores ad alios transferri cernat, ipse iis defraudetur; adversus quas rationes hæc oppono: primum, fieri posse ut filius alium fundum malit, quem ex adjudicatiune habere possit; deinde primam hanc quæstionem esse, utrum ejusmodi adjudicatio fieri possit, qualem ille vult, sic deinde videndum esse an caussa sit cur fieri debeat; hanc autem adjudicationem natura procedere nun posse. Non potest judex familiæ erciscundæ, quin aut partem divisam hujus fundi filio adjudicet, aut totum fundum. Partem divisam non assignabit, quia rescriptum de hereditaria loquitur; hereditaria autem portio indivisa, fusa per totum fundum, *arg. L. non possumus, D. si pars her. pet. L. coheredibus, C. hoc tit.* Rursum totum fundum nun adjudicabit, quia rescriptum portionem tantum nominat, et præterea significat, si hac parte hereditaria quarta compleatur, filium nihil ultra habere posse. Addemus etiam, partem hereditariam fundi adjudicari posse, quid interesse tanti filii putamus, unam hujus fundi particulam habere, ut totum non habeat? Restat, ut ita interpretemur, rogatum esse filium restituere portionem hereditatis habentem fundum, id est sic rogatum ut, deducto sive præcepto fundo quem præcipuum filium habere vellet, portionem hereditatis restitueret. Quod Lanceloto Polito recte visum est, nec cur in hac sententia aliquid Alciatus mutaret, quicquam caussæ fuisse reperiemus (*vide Alciatum libro sexto, paratit. Cap. primo.*)

Sit igitur hæc species facti, et ad hanc sententiam rescripti hoc modo exposita. Testator tribus filiis heredibus institutis, uni ex his fundum prælegavit, fideique ejus commisit, ut sibi habens fundum, portionem hereditatis fratribus suis et aliis quibusdam restitueret, sub conditione *si navis veniret ex Asia.* Cavit præterea, ut coheredes vice mutua aliquid restituenti darent. Cum conditio fideicommissi postea extitisset, erat hæc prima quæstio natura, quid juris esset de restitutione. Sed jus certum est, filium cujus fideicommissum est, debere portionem hereditatis restituere, ita ut ex Senatusconsulto, quartam habere debeat, *§. sed quia heredes, Institut. de fid. hereditat.* ita præterea, ut fundum hunc de quo diximus, præcipuum haberet ex voluntate testatoris, ut Scævola respondet in *L. Titia, D. ad Trebell.* Itaque est hæc quæstio hoc loco prætermissa: Cum de quarta deducenda solum ageretur, fundum autem haberet filius eum, quem ante diximus; præterea pro eo quod restituebat, quædam a coheredibus vicissim accepisset; quæsitum est num supra scriptas res in quartam, et quid tandem ex iis imputare deberet; ut si quid amplius quarta a fideicommissariis accepisset, quod potissimum quærebatur, id reddere cogeretur. Imputare id est, acceptum ferre in quartam ut quod de superscriptis rebus habebit, tanto minus de hereditate queat deducere. Quæstio in eo est, quid in universum in quartam fideicommissariam imputetur. De quo si jus breviter proposuero, idque ipsum in hoc rescripto tradi reperietur, satis erit argumenti hoc rescriptum eam sententiam quam subjicio, non admittere solum, sed etiam flagitare. Et placet in quartam fideicommissariam imputari quicquid, non modo jure hereditario heres capit qui rogatus est, sed etiam quicquid judicio testatoris; quod genus est, si quid ei legatum sit, aut conditionis implendæ caussa datum. Vide etiam num in *L. in quartam, D. ad L. Falcid.* quod dicitur, ex prælegato extra quartam esse quod a coherede accipitur, tunc solum locum habeat, cum fideicommissum alii quam coheredi restituitur. Si restituatur coheredi, contra sit, ut in legatis quæ ab uno alteri coheredi data sunt. Nota et *L. Nesennius ad L. Falcid.* et expende illud *compensato* in *L. filius quem h. tit.* quod hic significare videtur, adversus coheredes non imputari in quartam quod a coherede accipitur; adversus ipsum heredem imputari, et ut rescriptum loquitur, compensari id quod heres fideicommissarius accepit,

cum eo quod ab illo sibi præstari desiderat.

Plane in re quæ de hereditate prælegata sit, eam partem in quartam imputari, quæ jure hereditario capiatur; quod autem, a coheredibus capiatur jure legati, extra quartam esse: hæc in *L. in quartam, D. ad L. Falc.* Eadem in hoc rescripto tradi reperiemus. Nam et fundi cujus meminimus, hereditariam duntaxat portionem in quartæ ratione retineri scriptum in eo est; et si quid a coheredibus vice mutua acceptum sit, id non pro parte, sed totum compensari cum eo quod retinere heres debuerit, sivo in eam rationem totum imputari, scilicet quia judicio testatoris delatum sit. Quod posterius dubitationem non habet. Illud habet, quod dicamus hereditariam fundi prælegati partem, in quartam duntaxat imputari. Hic enim exoritur ratio Alciato, si fundus prælegatus sit filio, non modo portionem hereditariam fundi in quartam imputari debuisse, sed etiam debuisse reliquas quæ jure legati habeantur. Demonstrari hoc responso Pauli quod extat sub titulo *Digest. ad L. Falcid.* cujus initium est *Nesennius.* Cujus responsi hæc summa sit: si heres jussus quid coheredi dare, tantum a coherede capiat quantum ab illo deducere desiderat, non esse audiendum, sed obstare doli exceptionem; videri enim illi à coherede datum, ut suppleatur ex voluntate testatoris quod deducere desiderat. Quid autem aliud fit in hac restitutione? filius, de portione hereditatis quam fratribus restituere debet, aliquid retinere desiderat; at idem ab iis duas partes hujus fundi capit, *L. deducta, §. minus D. ad Treb.* Quod ergo ita capit in quartam imputabit.

Priusquam de hac objectione respondeo, illud mihi ad confirmationem prioris sententiæ præfandum esse videtur: etiam si dissimilitudinem responsi Pauli afferre non possemus, difficultate aliqua aut ignorantia impediti, tamen parum ingenue fecisse Alciatum, qui illius responsi ratione abusus sit, ut omnium certissimam sententiam, quæ in aliis locis sine controversia cujusquam extaret, convelleret. Quid enim aliud, in fideicommissaria restitutione de prælegato, responsum et traditum est, quam quod in hoc rescripto tradi diximus? Generaliter illa definitio est, ita ut nemo infirmare conetur, in *L. in quartam, D. ad L. falc.* Adeo autem idem de hac specie Scævola scribit in *L. Titia, D. ad L. falc.* ut consulto eo loco species posita esse videatur, quæ ad hujus rescripti enucleationem referretur. Quæ huc pertinent ut ita statuamus; si objectio *ex L. Nesennius* nemiuem unquam movit, ut sententiam certam de fideicommissaria restitutione duorum proximorum capitum mutaret, nihil fuisse caussæ cur in *L. filius* commutaret, quæ eadem prorsus cum illa esse intelligatur. Nunc ergo quod ad defensionem valeat, non interpretationis nostræ, sed ejus sententiæ quæ a juris auctoribus recepta et clare tradita est, de iis quæ in quartam fideicommissariam imputentur, respondeo: multum interesse Is ne quartam retinere a coherede postulet, a quo legatum est, an is qui hereditatem rogatus est coheredi restituere; referre denique, utrum quarta de legato coheredi relicto, ex lege falcidia detrahatur, an de fideicommisso ex Senatusconsulto. Qui de legato quod coheredi traditum est, deducere vult, si quid ei vicissim legatum sit, id facere poterit, at in quartam imputabit. Quia testator utrique pariter legando, parem his legatis conditionem heredum esse voluit, id est legatum utrique præcipuum; ut si is qui lege falcidia utitur, fundum sibi legatum præcipuum habere postulet, idem coheredi in eodem legato concedere debeat. Quæ species est apud Paulum exposita, *d. L. Nesennius.* Qui autum de fideicommisso quartam a coherede petit, huic, si quid legatum est de hereditate, et quartam habere debebit ex Senatus consulto, neque de voluntate testatoris in quartam imputabit quod in eo legato a coheredibus jure legati habeat; idcirco quia testator non parem horum heredum in accipiendo relicto caussam esse velit, sed ejus cui prælegatum datum est, præcipuam, id est talem ut, cum fundum habere velit præter hereditatem, et hoc seposito, nihilominus reliquam hereditatem eum coheredibus partiri. Hæc sententia magis nobis probabitur, si expendemus responsum illud Pauli non esse ex jure certo, sed effici interpretatione voluntatis; cum autem quæritur quid testator quemque heredem præcipuum habere velit, recte opinor, voluntas superioribus conjecturis explicatur: ad summam, ut similitudinem horum locorum explicare non possim, illud constabit, aliud in restitutione fidei commissaria juris esse, aliud in caussa legatorum, eum heredi onerato aliquid legatum est, et nunquid ex eo legato in quartam imputetur, quæritur. Sed illa intellecta quam supra dixi, aliam credo non magnopere desiderabimus. Hoc posito jure de fidei commissaria restitutione, nonnulla quæruntur, et merito, cur et illa in quartam imputentur, et hæc non computentur; et rur-

sum cur diversum statuamus in quarta quæ de legatis detrahitur ex lege Falcidia, atque in ea quæ ex Senatusconsulto. Sed hæc, si placet, paulo post videbimus, ita ut eadem opera ratio eorum quæ traduntur in *L. in quartam D. ad L. falcid.* explicetur. Nunc quæ in rescriptis sequuntur subjiciemus; ait igitur rescriptum, si quid, iis quæ diximus in quartam imputatis, ad quartam desit, tum id in supplementum deducendum. Recte rescriptum deducendi verbo utitur. Quarta et de hereditate deducitur, ut ex legatis. Quod ne monuissem quidem; est enim hoc clarius scriptum apud Justinianum *in §. sed quia heredes, Inst. de fid. hered.* quam ut dubitari oporteat, nisi quidam de hoc verbo sibi non liquere dicerent, atque adeo ita inepte legi affirmarent; ut, pro deducto, adjecto reponerent; qua in re facile declararunt quam periculosa res sit nimia ista et insolens, ex locorum correctione et innovatione, laudis ingenii affectio, quæ illos tam nihil interdum in rebus etiam certissimis videre docet. Sequitur in rescripto: Quod a cæteris in eo solvitur, supra quartam habens reddere compellitur. Horum verborum sensus, qui quidem ad superiorem hypothesin accommodetur, duplex tantum esse potest. Aliter hic, de Alciati sententia, ut cæterorum nomine eosdem coheredes accipiamus, quibus fideicommissum restituitur; hoc autem Imperatores dicere intelligantur, quæ partes a coheredibus in hoc fundo præstantur, eas partes filius supra quartam habere; id est, quod supra diximus, in quartam non imputare. Ita filius habens reddere compellitur, supple portionem hereditatis de qua rogatus est. Sententia per se verissima, ut supra quoque ostendimus, sed ejusmodi quæ verbis non sane congruat: primum, quod rescriptum cæteros dicit; at prius coheredes nominabat, ita statim, cæteros subjiciendo, alios quam coheredes intelligere se arguit, quibus videlicet, præter heredes, filius portionem hereditatis restituere debuit: idque est quod in principio rescripti dicitur, fratribus et aliis quibusdam restituere sanxit testator, et ab his qui coheredes non sunt, fundus hic non præstatur. Deinde ex hac sententia, id erit in rescripto prætermissum quod præcipue quærebatur, quid filius reddere debeat, *Reddere*, inquiunt Imperatores, *filius compellatur*. Quidnam, quæret aliquis? portionem hereditatis, inquimus. At hoc rescriptum non adjicit, et poteramus quidvis aliud intelligere, fortasse quartam, etiamsi non recte; inepte igitur hoc ita scriptum fuerit. Est igitur hic sensus judicio meo: cæteros quibus fideicommissum restitui debebat præter coheredes, ut restitutionem fideicommissi impetrarent, solvisse filio æstimationem aliqua parte fundi, quasi ipsi quoque aliquid in eo fundo præstare deberent, ut ad fideicommissum pervenirent. Id filius supra quartam habens, id est, quia supra quartam habet, reddere compellitur.

Dicet aliquis: Atqui cæteri nihil ex eo fundo debebant, qui si hereditarius esset, hunc filius partim hereditario, partim legati jure haberet; sin minus, tanquam conjunctæ personæ relictus, a solis heredibus præstari debet, *L. cum alienam. C. de legat.* Sed fieri potest, ut errore illi solverint, quasi deberent, aut præstiterint ut citius fideicommissum consequerentur. Denique nihil ad rem pertinet cur solverint, si ad quartam nihil ex eo debebatur, ut non debebatur, cum filius fundum alium haberet; hæc enim sententia est: quicquid filius supra quartam habet, restituere compellendum, hoc rescriptum ad rationem hujus judicii ita pertinet. Proponitur unus ex heredibus cogi portionem hereditatis restituere; proponitur etiam sententia nostra, fundus illi prælegatus. Si ex hac restitutione hereditas dividenda est, inter hæredem et fideicommissarios ita dividetur, ut fideicommissarii dodrantem habeant, hæres quadrantem ejus portionis; ut ita dividatur inter heredem et fideicommissarios hoc judicio agitur, *L. sed et ejus. D. eod.* Deinde si quid uni relictum sit, id heres hoc judicio præcipuum consequitur, *L. si qua. C. eod.*

Nunc illa quæ dixi circa quartam quæri, paucis consideremus: fundi prælegati partem hereditariam in quartam imputari traditur, et hic et in *L. in quartam, ad L. Falcid.* Quod declarat, filium et fundum totum habere qui prælegatus est, neque quidquam ex eo restituere, quod Scævola, quæstione nominatim de eo genere proposita, respondet *in L. Titia. D. ad L. Falc.* et quod habeat, id partim hereditario jure, partim non hereditario habere, id est jure legati; cæterum, cum habet totum, nihil tamen amplius quam quod jure hæreditario habeat, in quartam imputare. Quod totum habet non mirum, cum solus sit legatus; ut autem habeat totum, non jure legati, cum sit legatus, jus facit. In persona namque heredis, quatenus heres est, legatum non consistit; cum sufficiat ad jus dominii quod rem jure hereditario habeat, *L. legatum. §. 1. D. de leg. 1.* Tribus igitur heredibus, ut proposuimus, institutis, filius tertiam partem jure hereditario habebit: cæteras accipit a coheredibus

jure legati, *L. deducta*, §. *nummis*, *D. ad Trebel. L. cum pater*, in princ. *D. de leg.* 2.

Illud in quæstionem vocatur, quod ne hereditariam quidem partem restitui dicimus. Quid enim in quartam retineri dicimus, id valet simpliciter retineri, nec in fideicommissi restitutione venire. At filius portionem hereditatis restituere rogatus est, id est quidquid haberet hereditarium; hæc autem portio fundi, citra controversiam, hereditaria: verbis igitur fideicommissi continetur. Id vero etiam diserta scriptum est in *L. in fideicommissaria*, §. *ult. D.* ad Treb. *Si*, inquit Ulpianus, *legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere quod a coherede accepit; cæterum quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadere Divus Marcus decrevit.* Sed multum refert utrum heres cui jam ante legatum erat, rogetur simpliciter restituere portionem hereditatis, an vero restituere, deducto sive retento aliquo fundo.

Si simpliciter rogatur, nihil excipitur quod sit hereditarium; itaque omnia verbis fideicommissi continentur. Id superior locus Ulpiani demonstrat. Quod si ita rogatus sit heres restituere, ut fundum sibi habeat, quod in specie hujus rescripti factum proponitur; apparet nihil de fundo in restitutionem venturum, cum nominatim fundus exceptus sit. Sed et, si testator heredem roget hereditatem restituere, post ei leget, legatum in fideicommissum non veniet, *L. Titia, D. ad L. Falcid.* quasi legatum fideicommisso sit, ut posterius, ita potius. Illud etiam non liquet, cur cæteræ res quæ judicio testatoris capiuntur, quanvis legatæ, in quartam fideicommissariam imputentur; in rebus prælegatis placeat id solum imputari quod jure hereditario capitur; reliquas partes extra quartam esse, quæ jure legati a coheredibus capiuntur. Id vero in prælegato voluntas testatoris facit, quæ ita colligitur. Cum testator unum ex heredibus aliquid quod sit hereditarium deducere, sive sibi habere jubet, jubet nimirum hoc illi esse præcipuum; id est, ita eum habere, ut hoc deducto, nihilominus cum reliquis heredibus hereditatem partiatur; quod verbum præceptionis satis declarat, quod in hoc genere usurpatur. At non habebit heres fundum, præter reliquam hereditatem, si in quartam acceptum feret. Quantum enim in quartam imputabit, tanto minus habebit de hereditate; id vero contra voluntatem testatoris. At enim hac ratione, dixerit aliquis, non debebit ne eam quidem partem in quartam imputare, quam jure hereditario capit, quandoquidem, ut diximus, testator velit totum fundum illi esse præcipuum. Non recte hoc colligitur. Non enim eadem caussa est ejus portionis quæ hereditaria est, et cæterarum quæ a coheredibus accipiuntur; non idem judicium de utroque genere testatoris. Hæ enim in quartam non imputantur, quia secundum voluntatem testatoris retinentur; non enim eas restituere rogatus est, qui portionem hereditatis rogatus est. Illa contra voluntatem; cum fideicommissi verbis contineatur, nisi in quartam imputetur, ut tantum de hereditate restitui oporteat. Detinebitur quidem hæc portio, sed ita, ut tantum in quartam imputetur: quæ Scævolæ ratio est in *L. Titia, D. ad L. Falcid.* Adde quod partem hereditariam in quartam imputando, heres tantum de hereditate retinet, quod omnibus legibus quæ sunt de quarta retinenda, ad quartam satis est. Cæteras imputando, neque eas tanquam hereditarias habet, et tanto minus de hereditate retinet. Hæc de prælegato hoc excepto; cætera quæcunque judicio testatoris aliunde ad heredem venerunt, in quartam ex Senatusconsulto imputari placet. In quo rursum magna quæstio est, cur in quartam quæ ex lege falcidia retinetur, nihil eorum imputetur: ut enim non sine caussa id quæri intelligatur, in §. *sed quia heredes*, *Inst. de fideic. hered.* scriptum est *si qui rogatus est hereditatem restituere, perinde licere quartam partem retinere, atque ex lege falcidia ex legatis conceditur.* Ut igitur retinetur ex lege falcidia, ita retinebitur ex Senatusconsulto. Et quo minus hæc similia esse dubitemus, passim quæ ex Senatusconsulto in restitutionem hæreditatis quarta retinetur, ex L. falcidia detrahi dicitur, scilicet quia hujus legis exemplo detrahitur, *L. Titia*, *D. ad L. fal. L. coheredi*, §. *cum filiæ*, *D. de vulg.* Differentiæ rationem, refutatis aliorum sententiis, conatus est explicare Andreas Alciatus, *lib.* 6. *paratitl. c.* 5. sed parum, quod res declarat, assecutus est.

Animadverti oportet quis sit is qui quartam detrahere vult. Tum hoc quod habet, quo jure habere debeat, facile statui possit, existimo. Multum ergo interest utrum is heres sit, a quo supra dodrantem legatum est, an is sit qui rogatus sit ipsam hereditatem restituere, ut, hereditate exhausta, pro herede habeatur aut non habeatur. Cum ab herede legatum est, legatis solutis, etiam si nihil reliquum sit ex hereditate, nihilominus heres manet in solidum qui ante fuerat, et omnibus oneribus hereditariis obligatur; legatarii onere tenentur æris alieni, *L. ult. C. de her. act. L. si hereditatem*, *L. Mævin.*

Consentaneum igitur, ut qui restituta hereditate heres manet, is tanquam heres quartam habeat; præsertim cum legis falcidiæ verba ita sint: *ne minus quam quartam partem hereditatis heredes ex testamento capiant*, *L. 1. ad L. falcid.* In fideicommissi restitutione ratio personæ commutatur, heres enim hereditatem restituere rogatus, quantum de hereditate restituit, non dico ad dodrantem usque (quod constat), sed etiam supra dodrantem, eatenus oneribus hereditariis Senatusconsulto Trebelliano liberatur; actionesque tam fideicommissario, quam in fideicommissarium dantur: breviter, vi ipsa, heres esse desinit, *L. 1. D. ad Trebell. §. si quis una. Inst. de fid. hered.* Non recte igitur, ut qui heres non est, si sibi tanquam heredi quartam apponi postulet; cum præsertim, si quid jure legati habeat et in quartam imputet, eatenus omni molestia æris alieni exoneretur *d. §. si quis una, Inst. de fid. her.* Hic nobis occurritur. Quod enim, restitutis legatis ex lege falcidia, heres nihilominus heres manet et creditoribus hereditariis tenetur, id perinde accipi debet, quasi nec teneretur: cum antequam legata præstentur, ex lege falcidia æs alienum deducatur, *§. ult. Inst. de L. fal.* Hoc non arguit heredem jam heredem non esse, et omni molestia atque onere hereditario liberatum. Æs alienum ante omnia detrahitur, sed ideo non de suo præstat. Cæterum tenetur ipse creditoribus hereditariis, quorum actiones excipere cogitur, in quo illi judicii molestiæ suscipiendæ sunt. Adde solutionis curam, ut caveat ne cuiquam minus recte solvat, cui scilicet nihil debeatur: quod si fiat, periculum eis est, *arg. L. 3. in fin. 1. res, D. ad L. falcidiam.*

Si qui forte miretur diligens et acutus lector, quod huic Auctoris Consilio duplex summarium sit appositum; alterum videlicet initio præmissum, quod generales juris locos indicat Consilio eidem adspersos; alterum quod, quibusdam locorum intervallis dispositum, præcipuam rerum ipsarum tractationem connotat atque distinguit; nos facile studioso cuique satisfacimus illudque reponimus, nihil hic a nobis immutatum; sed omnia hæc, qualia in Weheliana Harnoviæ Editione in 8. conformata deprehendimus, integre a nobis esse servata; illud tamen commodo legentium fecimus, ut numeros in margine haberemus appositos, qui prioris et generalis summarii numeris responderent. Quod te monitum voluimus, humanissime lector.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# CONSILIUM,

## ACADEMIÆ ALTORPHINÆ NOMINE SCRIPTUM.

### DE JURE PASCENDI ET ALIIS JURIBUS PLURIBUS.

S U M M A R I U M.

1. *Rerum acquirendarum caussæ inter cæteras jure receptas usitatissimæ sunt, traditio et concessio ejus, cujus res fuit, et ejus rei usucapio.*
2. *Instrumento tam diu statur, donec contrarium probetur.*
3. *Actore non probante, reus absolvitur.*
4. *Negantis factum, per rerum naturam nulla est probatio.*
5. *Regula: Non probat hoc esse, quod ab hoc contigit abesse.*
6. *Exemplo instrumenti quatenus credatur.*
7. *Scripturæ de rebus fiunt, ut quod actum est, per eas facilius probari possit.*
8. *Plus valet quod actum, quam quod scriptum est.*
9. *Ordo scripturæ et rei gestæ licet convertatur, nihilominus quod scriptum est valet.*
10. *Alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet.*
11. *Judex in propria caussa nemo esse potest.*
12. *Propria caussa dicitur, cujus commodum aut incommodum ad aliquem sua nomine pertinet.*
13. *Patronus in caussa cui patrocinium præstat, testimonium dicere non potest.*
14. *Testis in re sua nemo idoneus est.*
15. *Judicis officium in quibus consistat.*
16. *In usucapione quæ potissimum spectanda sint.*
17. *Succedens in alterius locum justam ignorantiæ caussam habet.*
18. *Ignorantia facti, nisi supina, nemini nocet.*

Commemoratio privilegiorum in specie.

Vir nobilis Gabriel Mendelius jura habet magna et nobilia complura in prædio Steinfels, nempe hæc, Hoffmarckgerechtigkeit, secundum consuetudinem Dominatus Parckstein, quo verbo hæc continentur, ut omnia jura in subditos habeant in civilibus Mendelii; in criminalibus autem suo modo: item jus pascendi in sylvis Principis; item jus arborum radicitus extirpandarum ad agros instituendos, prata et piscinas habendas, et alia quæ in his locis libet. Item jus lignandi in iisdem sylvis Principum, item jus vendendi potus cujusque generis, item jus venationis suo quoque certo modo; in quibus omnibus præfecti Principum Mendelios defendere ac tueri debent. Præterea, inter hæc jura est hoc, ut ad querelas subditorum non cogantur respondere, nisi apud præfectum Principis in Parckstein. Etiam hoc jus est inter cætera, ut carbones ad usum suum omnis ge-

neris conficere possint, soluto consueto precio; quæ omnia, ante innumeros annos concessa ejus majoribus, cum ab his ipsis eorumque successoribus, tum ab eo qui et successor est, continua serie sine interruptione sunt usurpata; nec se aut majores suos, ante hunc annum ab ullo unquam controversiam horum jurium esse passos dicit, quin qui litem movebant, Principes aut eorum consiliarii, instrumento inspecto concessorum horum jurium, statim litem remitterent, et Mendelios in suo jure manere juberent.

*Narratio turbatæ possessionis supradictorum privilegiorum.*

Nuper admodum, id est hoc anno 1589, extiterunt Assessores Præfecturæ Ambergensis, qui de his juribus huic Gabrieli Mendelio controversiam facerent; et instrumentum concessorum quod Gabriel Mendelius ipsis petentibus exhibuerat, et quo eodem præcipue jus Mendeliorum nititur, falsum esse confirmarent; ut ita Mendelius omni illo suo jure evertatur. Cujus controversiæ exitium ille metuens, nos consulit, et prolatis omnibus instrumentis ad eam caussam pertinentibus quæ penes se habet, quærit num quid in his putemus esse idoneum aliquid, quo illa jura recte tanquam sua defendat, ne, si id nihil est, temere litiget; sin est aliquid, temere indefensum jus suum relinquat, quod per tot annos salvum et inconcussum ipse et majores ejus obtinuerant.

*Transitio ad quæstiones in hoc casu propositas.*

Nos, omnibus inspectis et diligenter, quoad pro fide licuit, expensis, ita comperisse videmur, ut bona conscientia existimemus, Gabrielem Mendelium, in hac caussa, jura illa de quibus agitur, jure optimo tanquam sua sibi defendere; ut et possidens, exceptionem sibi tueri; et controversiam passus, adversus quosvis qui litem moveant, ea persequi et vindicare possit. Movemur his rebus.

*Distributio partium hujus Responsi.*

1 Inter cæteras caussas rerum acquirendarum jure receptas, duæ hæ sunt justissimæ et usitatissimæ, traditio concessione ejus cujus res fuit; at ejus rei usucapio, sive longi temporis præscriptio. *§. per traditionem, Instit. de rer. divi. titulo Instit. de usucap. et long. temp. præscript. L. unica, Cod. de usucap. transf. toto tit. C. de præscr. long. temp.* Hæ duæ caussæ, ut quidem nobis animadvertere licuit, sic in hac caussa pro Mendelio concurrunt, ut separatim singulæ jura superiora illi tribuant.

De priori caussa illi controversiam fieri videmus. Posterior certe ejusmodi est, ut quanvis prior deficeret, tamen in hac posteriore tota acquiescere posse videatur: sed nihilominus reperietur et prior illi jure constare, ac de singulis quod videtur dicemus.

*Pars prima, quæ versatur circa traditionem et concessionem.*

De traditione et concessione superiorum jurium ita comperimus. Proferunt Mendelii instrumentum vetus conscriptum, ut instrumenti verba declarant, Anno 1437. quo instrumento comprehensum est Illustrissimos Principes, Fridericum Brandeburgicum et Joannem Comitem Palatinum, proper servitia et varia officia DD. Imperatoribus et Palatinis a Mendeliis præstita, confirmare his, quoad in se est, simul et concedere omnia jura quæ in prædio Steinfels olim maiores et parentes Mendeliorum habuerunt, nominatim hoc addito, ut inter cætera jura quæ illic enumerantur, sciant Mendelii sibi in prædio Steinfels concessa esse Hoffmarckgerechtigkeit pro jure Dominatus Parckstein, in quibus sunt illa jura de quibus diximus.

Quæ si ita sunt, et verum est instrumentum, nemo dubitare potest, quin ab illustrissimis Principibus penes quos, in sua ditione, superiora jura sunt, quique hæc eadem quibus velint concedere possunt, hæc ipsa jura superiore concessione translata sint in Mendelios, et ea translatione, Mendeliis jure optimo et jure naturali quæsita. Vere enim dicitur in *d. §. per traditionem, Instit.* de rer. divis. *nihil tam naturale esse, quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis, ratam haberi*; præsertim cum, ob merita in Rempublicam collata ab eo, qui beneficio afficitur, aliquid concessum esse dicitur, quod hic factum est; ac ne de eo quidem dubitant domini Assessores Ambergenses, siquidem concessio superior idonee probaretur.

*Refutatio argumentorum de falso instrumenti.*

Sed cum ipsis petentibus et desiderantibus de jure Mendeliorum amplius edoceri, instrumentum a Gabriele Mendelio ultro exhibitum esset; illi post diligentem inquisitionem in id instrumentum habitam, dicunt se deprehendisse instrumentum falsum esse, et se id

pro tali habere; ut si Mendelii in hac caussa, ad fidem juris sui, in posterum eo uti velint, non modo non prosit sibi, sed etiam seipsos refellant, insuper etiam se falsi alligent.

*Gabriel Mendelius hoc instrumento uti non vult, si falsum.*

Ad hanc tam novam, certe inexpectatam vocem, hæc Mendelii Gabrielis prima defensio est, testari, si id instrumentum de quo agitur, falsum sit, se eo uti nolle; bona se fide, tanquam verum et justum, instrumentum apud se habuisse, eoque in multis aliis auditoriis et in hoc ipso Ambergensi, cum ad exhibitionem hujus instrumenti at juris sui probationem ipse vocaretur, sæpe usum fuisse; nec quenquam antea esse inventum qui, instrumento viso, ei non acquiesceret. Ne nunc quidem se amentem et insanum futurum fuisse ut, si quid falsum in eo esse sciret aut suspicaretur, instrumentum id proferre vellet; quo falso invento, et caussam suam aperte læderet, et de existimatione quoque sua in discrimen veniret; non dubitare se quin domini Assessores, sedulo et ex animi sui sententia, dicant quod dicant, sibi id instrumentum falsum videri; sed vicissim bona venia petere eum, ut sibi liceat jus suum indefensum non relinquere; nec prius id quod objiciatur admittere, quam ita esse probetur: quo non probato, petit ut instrumentum in suo loco in quo antea fuit, etiam nunc maneat, et fidem, ut prius, faciat.

2 Honesta hæc et justa petitio est, et in qua quod petit, omnino illi concedi oporteat. Hæ enim sententiæ omni jure receptæ sunt, neminе Doctorum refragante, semper standum esse instrumento, donec contrarium probetur, *L. cum precibus, C. de prob. Cap. tertio*
3 *loco, Ext. eod. titulo.* Item, actore non probante, in suo loco manere possessionem, et reum obtinere, *L. qui accusare, C. de eden. §. retinendæ, vers. commodum, Inst. de interd.*

*Assessores, in exceptione falsi, actoris partibus funguntur.*

In proposito autem, Domini Assessores falsi exceptione adversus instrumentum utentes, in ea exceptione actoris partibus funguntur, atque adeo actores sunt, eamque exceptionem, velut intentionem probare debent, *L. exceptionibus D. de probat. L. 1. D. de excep.* Quod illi non ignorantes, ad probationem exceptionis suæ caussas falsi reddunt, de quibus et Mendelius nos consulit, quæritque videanturne illæ caussæ idoneæ, quibus falsum arguatur. Quibus lectis et diligenter expensis, negavimus idoneas nobis videri, quod sequitur ut demonstremus. Ac quo res tota magis pateat, de singulis respondebimus ordine.

*Refutatio primi argumenti de litera nova.*

Dicunt figuram literarum quibus instrumentum exaratum est, esse novam, certe recentiorem, quam ut conveniat ei tempori quo instrumentum scriptum esse dicitur. Denique eo tempore quod instrumento eo comprehensum est, nullam ejusmodi figuram literarum in usu fuisse; et ne videantur sine probatione dicere, probant hoc modo, quod dicant in Cancellaria in antiquis instrumentis nullam ejusmodi figuram reperiri. Multa sunt quæ hic respondeamus. Primum, si ejus temporis aliæ formæ scribendi reperiuntur, idcirco non necesse est non fuisse aliquos, eodem tempore, qui aliter atque elegantius scriberent.

Scimus enim, omnibus temporibus, non omnes homines eodem modo scribere solere; sed in hac re, ut et in cæteris omnibus, sua cuique dona a Deo delata esse, alii ut pingant melius, celerius et elegantius; alii deterius et obesius. Quod autem dicunt se in Cancellaria in antiquis instrumentis nullam ejusmodi figuram literarum invenisse, quid tandem hac ratione efficere se putant? An idcirco aliis literis alia instrumenta eodem tempore scripta nulla fuisse? Nullum vero hoc argumentum est; fieri enim potest ut mille alia iisdem characteribus quibus hoc nostrum, eodem tempore scripta fuerint, neque ad nos pervenerint. Fieri potest ut pervenerint, sed adhuc lateant, nec sint inventa. Denique qui hoc dicunt, eo tempore nullam formam scribendi fuisse qualis in hoc instrumento cernitur, factum negant. Atqui dicimus, et experientia rerum et certo jure edocti, factum negantis per rerum naturam nullam esse probationem, *L. actor, C. de* 4
*probat. L. asseveratio, C. de non num. pecu.* Non enim si mille dicant, se nihil vidisse ejusmodi, idcirco id ita factum non est. Potuerunt namque omnes id non videre quod tamen alii viderunt, aut nemo vidisse quod tamen factum fuerit. Dicent probabiliter dici non videri instrumentum eo tempore scriptum fuisse, quod alii aliter vulgo scripsisse proponuntur. Sit sane hoc ita probabile ut potuerit ita esse, sed si est ejusmodi ut potuerit etiam non ita evenire; quale hoc est, non est tale ut fidem faciat, aut in

judiciis pro idoneo argumento admitti, et adversario nocere debeat. Traditum diserte in *L. neque, Cod. de prob.* Unde illud vulga-
5 tum omnium consensu receptum : Non probat hoc esse quod ab hoc contingit ut absit; sed minime admittendum in judiciis, et maxima iis in quibus de re gravi agitur, quia de falso ut in hac caussa, in quibus jus exigit certas probationes indubitatas et luce meridiana clariores, *L. ultim. C. de prob.*

### *Secundi argumenti de membrana et ligulis refutatio.*

Dicunt membranam et ligulas appensas recentiores esse, quam ut vetustæ existimari debeant. Atqui exemplum, in quod authenticum illud a Notario publico transcriptum est ante triginta annos et amplius, testatur authenticum illud pervetustum esse. Agnoscit enim notarius qui exemplum confecit, authenticum ipsum unde exemplum ducebat, tunc temporis fuisse cum id describebat ; ut profecto, si annos authentici instrumenti ex exemplo æstimamus, non potuerint et membranæ et literæ et ligulæ appensæ
6 non esse pervetustæ. Exemplo quidem non creditur in his quæ tanquam ex authentico referuntur, in quibus placet ipsum authenticum proferri, et fidem ex eo peti debere, *authent. si quis in aliquo, C. de eden. leg. 2. D. de fid. Instrum.* At quæ in exemplo de se affirmat Notarius, in his instrumento non minus creditur, quam cum in aliis authenticis aliquid de re affirmat: qualia sunt, cum declarat quis exemplum descripserit ex quo et quali authentico, quando et quibus præsentibus.

Sed esto, nullum tale exemplum proferatur, quod de authentico superiori testificetur : an putamus, quod membrana authentici munda ad nos pervenit, idoneum argumentum esse membranam esse recentem, non eam quæ tot annis retroversus esse potuerit ? Nobis quidem nullum id argumentum esse videtur. Verum enim hoc esse experientia communis testatur ; instrumenta quæ bona et bene parata membrana excepta sunt, cura et diligentia dominorum ita haberi posse, ut integra et velut semper nova in multos annos observari possint. Vel Mendelius ipse instrumenta alia quædam ad hanc caussam suam pertinentia, et ea præterea de quorum fide non dubitatur, apud se habet ita integra et munda, ut ante annum scripta videri possint : instrumenta quæ sæpe tractantur manibus, aut in locis patentibus ad fumum, aut solem, aut sordes domesticas sunt exposita, fieri non potest quin alterantur tempore, et aliquid vitii ex vetustate contrahant. At quæ semper seorsim habentur bene condita, et ad usus tantum necessarios asservantur, non mirum si veterem nitorem et formam suam in longissimum tempus retinent, aut parum de ea remittunt. Postremo, tam multi tum illustres, tum præstantes in Republica viri hoc ipsum instrumentum antea, cum de his ipsis juribus fieret Mendelio controversia, et viderunt et diligentissime inspexerunt; nemo tamen unquam fuit, qui non lecto et inspecto diligentius instrumento, non restitueret id Mendelio, et sibi satisfactum esse declararet. Fecit hoc anno 1555. Wolfgangus Comes Palatinus, eo tempore vice Dominus Ambergæ. Fecere anno 1557. Assessores Electoralis Regiminis Ambergensis ; idem Regimen anno subsequente post 1558. per Dominum Christophorum Jacobum a Plassenburg Judicem Provincialem, et Johannem Steinhauserum, Quæstorem Ambergensem, jussit significari Consiliariis Neuburgensibus Sultzbachii, se nomine Electoris, caussa cognita, privilegia Mendeliorum, de quibus agitur, ut justa approbasse. Rogare se Neuburgenses, ne quid contra decretum suum maturo consilio datum movere, et Mendelios in sua possessione turbare velint. Si talis fuit scriptura instrumenti de quo quæritur, et talis membrana qualis nunc arguitur, ut ex ipsa inspectione omnia hic nova videri debeant ; permirum nobis videtur (dicere enim liceat quod sentimus ) hæc tam manifesta a dominis Assessoribus qui nunc sunt Ambergæ, tam cito observata esse ; a superioribus autem illis talibus et tam præstantibus viris, quibus neque mens, neque neque studium inquirendi deerat, animadverti non potuisse; sed res se ita habet. Viderunt et illi non minus, quale esset instrumentum quod illis exhibebatur, sed nihil tale deprehenderant in scriptura aut membrana instrumenti, unde necessario colligi posset instrumentum esse falsum, sicut qui nunc sunt Assessores Ambergæ superioribus rebus probari volunt.

### *Tertium argumentum, de duabus faciebus quibus continetur Instrumentum, solutio.*

Objiciunt idem præterea instrumentum de quo agitur, non una facie membranæ comprehensum, sed ex utroque latere scriptum esse: hoc illi falsi quoque indicium esse volunt, quia sit factum contra communem Cancellariæ usum. Atqui hoc idem viderunt et animadverterunt superiores illi præstan-

tes viri quos modo diximus, quorum tamen nemo ista scripturæ forma motus est, ut eo minus instrumento tribueret. Et recte ea re inuti non sunt adversus instrumentum Quid enim ad substantiam instrumenti pertinet, utrum in membrana an in charta scriptum sit; et in qua materia recipitur, utrum rei narratio una pagina contineatur an duabus pluribusve? Fiunt de rebus scripturæ, ut
7 quod actum est per eas facilius probari possit, *L. 4. de fide instrument. L. 4. D. de pign.*

Sic autem per eas, res potest probari, si vera sit et sincera rei gestæ narratio. Nam
8 ubi veritas abest, ibi scriptura nihil agit, valetque plus quod actum est, quam quod scriptum est, *L. 1. L. 3. L. 4. C. plus val. quod agit. quam quod simul. con.* Quapropter veritas rei, seu vera narratio, res est quæ substantiam justi instrumenti continet: ita fit ut, dum quid vere narretur in instrumento, utrum id expediatur una facie membranæ an duabus explicetur, nihil ad substantiam et fidem rei gestæ pertineat; ac proinde utrum fiat nihil intersit, neque de veritate rei gestæ et probatione instrumenti quidquam mutet. Solent, fatemur, Notarii ut plurimum, una facie instrumenta scribere, sed an idcirco facere coguntur ? Nulla vero lex reperietur quæ id exigat; et satis caussæ est cur non exigatur, eo quod ad substantiam instrumenti et fidem rei gestæ id non pertinere modo ostendimus. Quod si hic nulla necessitas juris est, quæ una pagina rem complecti cogat, fatendum est utrum una pagina an duabus pluribusve res scribatur, rem esse cuivis Notario et scriptori liberam; ut, cum posterius hoc secutus fuerit, non ideo putandus sit ullo modo contra jus facere; multo minus eo colligatur, cum nihil prohibeat quo minus hæc fiant, et tamen qui faciat privatis de caussis adductus, bona conscientia et sedulo faciat, contentus vera rerum narratione, et subscriptionibus et signis adhibitis, ad fidem rei gestæ adstruendam usitatis. Quæ cogitatio multum abest a falsi suspicione. Quod si hæc sine falso esse possunt, non profecto ex his recte colligitur falsum, quod ab illis factis abesse potuit, juxta illud vulgare dictum, quod et paulo ante retulimus : Non probat hoc esse, quod ab hoc contingit ut absit, sumptum ex *d. L. neque natales, C. de prob.*

Atque hæc communia de jure recte responsa sunt. Quod si placet, etiam in istis quæ objiciuntur, indulgere suspicionibus et certare conjecturis incertis nec quidquam firmi habentibus, non defugimus ne hanc quidem arenam, atque hoc contendimus, ex superioribus factis quæ objiciuntur, multo probabilius colligi bonam fidem scribentis et mentem a falsi meditatione alienam, quam falsi machinationem probari. Scimus enim quo animo sint qui falsi aliquid in instrumentu moliuntur; quia enim in falso deprehendi metuunt, dant studiose omnem operam ne qua ratione falsum suboleat, nec quidquam satis caute se agere putant, dum id agunt ut auspicionem falsi a se amoveant. Itaque, quam accuratissime fieri potest, curant ut omnia ad veri imitationem composita esse videantur. Quid ergo hic faceret, qui falsum instrumentum illud legentibus probare conaretur, siquidem superiora ad fidem instrumenti pertinerent ? Primum, quæreret membranam perveterem quæ annos inscriptos non ementiretur, aut curaret ita eam tractari ut vetus videri posset, quod factu facile fuit. Deinde, imitaretur veteres characteres, quod non fuit difficile. Postremo, totum instrumentum una parte scribendum curaret. Quid enim eo facilius ? Nihil horum ille fecit, qui instrumentum conficiendum curavit: Profecto igitur nihil in his falsi metuit : et quia non curavit tegere, ne falsi quidem quidquam cogitasse existimandus est. Hæc, inquam, ex superioribus collectio esse debuit, siquidem conjecturis hic certaretur, non argumentis necessariis et jure certo. Nunc cum utroque modo obtineamus, nihil hic falsum admissum videri, et si superiora quæ objiciuntur, ita esse ut objiciuntur concederemus, nihil est quod in his refutandis amplius laboremus. Itaque ad reliqua objecta pergemus.

*Quarti argumenti refutatio, de inconvenienti sigillorum appensione.*

Ex quibus illud est penultimum, quod dicunt iidem domini Assessores, sigilla non justo ordine et legitimo modo esse instrumento ei de quo agitur, appensa. Quamvis enim nomen Marchionis primo loco scriptum sit, quod nec idoneo nec legitimo titulo factum dicunt; tamen Palatini sigillum primo loco positum est. Hic duo dicimus. Primum, etsi ordinem horum sigillorum inversum esse concederemus, tamen nihil hoc ad substantiam rei gestæ, ac proinde instrumenti pertinere, quoniam liceat converte- 9
re ordinem scripturæ et rei gestæ ; ut nihilominus valeat quod scriptum est, præterquam in filii exheredidati substitutione; quam placuit ita scribi oportere, ut pater sibi prius heredem scribere debeat, deinde filio exhe-

redato substituere, et non convertere ordinem scripturæ. Cæterum, filio instituto, valere institutionem, licet pater conversa scriptura filio testamentum fecerit, *L.* 2. *§. prius, D. de vulg. et pup. subst.* sed maxime id observatur in signis quæ instrumento testificandi gratia apponuntur, quorum unumquodque ut se obtulerit primum, ita primo loco subjicitur. Nam ordo signorum ad fidem augendam aut minuendam quid facit, dummodo ea signa adhibeantur, quæ oportet et quot oportet? Alterum est etiam quod hic respondeamus in instrumento de quo agitur, signa dici posse converso ordine posita esse, et eadem rursum posita recto ordine, prout est scilicet ea facies membranæ quæ spectatur: si anteriorem ejus faciem spectamus, ab ea parte signa dici possunt conversa; sin spectamus posteriorem cui signa subjecta sunt, omnino reperientur signa recto ordine collocata. At hanc spectavit Notarius, cum in eam desiit.

*Quinti argumenti solutio, sigilla pervetera, membranam recentiorem esse.*

Objiciunt postremo quæ nihilo plus firmitatis habent ad instrumentum falsi arguendum, quam superiora; expendunt signa seu sigilla ei instrumento appensa, in his spectari hæc vitia.

Primum, ea pervetera esse, cum membrana instrumenti sit multo recentior.

Secundo, ligulas pensiles, ex quibus capsulæ signorum pendent, non fuisse per ceram sigillorum traductas. Tertio, ipsa signa per se vetusta, fuisse quibusdam in locis recenti cera illita. Faciamus hæc omnia vera esse aut talia videri; quid est in his ex quo necessario colligatur instrumentum falsum existimari debere? Atqui tales probationes in accusatione falsi exigimus, quæ aperte et indubitate id convincant, probationes denique luce meridiana clariores, ut est in *d. L. ultim. Cod. de probat.* Quales ergo sunt istæ? Vix etiam in speciem probabiles. Signa fuerunt vetusta: Nempe, quia et instrumentum vetustum fuit, adfuerunt vetustiora quam membrana instrumenti? Negamus. Ita videri potuerunt, sed non idcirco necesse est ita esse: quia cera non tam facile, nec tam diu colorem vel nitorem suum retinet, quam membrana: certe non quævis cera.

Non negamus interdum contra evenire, ut ceræ quædam magis adscititium colorem retineant, quam nativum membrana; sed quod aliquando fit, non continuo semper accidit. Ita qui ex eo quod aliquid fit aliquando, colligit id ita perpetuo fieri; is et in ratione disserendi aperte labitur, et experientia ipsa rerum non minus aperte convicitur; idque ita esse, ut nunc dicimus, illustres illi et præstantes viri, quos supra commemoravimus, qui et ipsi hoc instrumentum viderunt, et diligenter excusserunt; illi, inquam, judicasse rem ita se habere, facile declararunt, qui, instrumento lecto et explorato, id comprobantes in eo acquieverunt.

Quod autem de ligulis pensilibus dicitur, quid ad probationem falsi pertinet? Non fuerunt illæ per ceram trajectæ, sed tantam ceræ adjunctæ, ut cera his imposita ligulis cohæreret. Concedamus ita esse, num ideo vitiosum aut falsum instrumentum? Neutrum. Id vitiat instrumentum, si quid ad substantiam ejus pertinet, et id omissum est. Id falsum arguit, si quod pertinet ad probationem et fidem certam, id dicitur ementitum, ut si falsa sigilla quæ Principis non erant, pro sigillis Principis apponantur; at si ligulæ trajiciantur per ceram, ad substantiam instrumenti nihil pertinet. Non enim in ligulis istis sita est probatio authenticæ instrumenti, sed in solis signis Principum, quæ ceræ imponuntur; ut quandiu hæc apparebunt instrumento appensa, tamdiu certum sit vim et fidem publicam instrumento constare. Quis ergo usus harum ligularum? Non alius quam ut ceræ adjuncta sigilla sibi devincta retineant; ut dici possit sigilla esse propria ejus instrumenti, unde ligulæ pendent et cui adhærent. Dum ergo hic usus retineatur, quocunque modo id fiat, satis est; atque duobus modis ea signa per ligulas pensiles instrumento annecti possunt, ita ut sigilla utroque modo appensa esse constet, vel ut ligulæ per ceram trajectæ sint, quo certius sigilla hæreant, vel ut ceræ ita adjungantur extrinsecus, ut non minus a ligulis teneantur. Quapropter utrum horum fiat, ad probationem signorum instrumento conciliandam, nihil interest.

*De falso in signis quæ rupta sunt.*

Atque hæc de vitio, quod objici possit in signis. De falso autem admisso in signis quid dicunt? Non negant vera esse signa; sed, ut significent signa videri ex alio instrumento veteri transumpta, dicunt sigilla fuisse pervetusta; et ut dolum in his agnoscere liceat, dicunt ea non fuisse integra, sed quibusdam in locis cera illita. Hic vero petimus officiose ab eorum amplitudine, ut nobis liceat, ipsorum bona venia, quod sen-

timus hoc loco dicere, comparatum non ad cujusquam sugillationem, sed ad fidem consultationis susceptæ necessarium. Referimus igitur ex adverso, cum vitium falsi, sigillis integris, ex facie eorum externa cognosci non ab omnibus posset, ut ipsi se agnovisse dicunt, debuisse illos integra sigilla relinquere, et ea ad judicium futurum reservare, ut Mendeliis jura sua sibi vendicantibus instrumentum apud judicem proferretur; ibi de falso ejus publice cognosceretur, servata defensione sua his ad quos instrumentum pertinebat. Nunc cum domini Judices hoc sibi sumpserint ut signa resignarent eaque corrumperent, libere dicimus, revera non aliam vim id habere, quam ut Mendeliis probatio quæ ex eo instrumento parata erat, adimeretur. Facilius enim falsum cognosci potuit signis integris, quam ruptis. Integra enim seipsa ostendunt qualia sint: his ruptis, non potest intelligi qualia prius fuerint: ita quæ probatio poterat esse Gabrieli Mendelio signis integris, corruptis ea adimitur, siquidem ex solis corruptis judicium fieri oporteat. Nam in ruptis mutari pristinam faciem quis ignorat? Quod, cum facto dominorum judicum acciderit, jure contendimus id Mendelio nocere non debere, sed his potius a quibus id factum natum est. Certa enim et rata juris principia sunt hæc: Al-
10 teri per alterum non debere iniquam conditionem inferri, *L. non debet alteri D. de regul. jur.* Item factum cuique suum, non adversario nocere debere, *L. factum cuique D. eod.*

Dicent se jure et ex officio fecisse, quod signa ita aperuerint, ut quid esset etiam interni vitii, ad tuendum jus Principis cognosceretur. Nos iterum officiose petimus, ut benigne et placide accipiant quod pro justa defensione afferimus. Putamus vero, non modo illos ex officio superius non fecisse, sed plane contra officium, non sine certa injuria Mendelii, cui instrumentum, ut prius fuerat, reddi non potest. Nam qui ruperunt, aut fecerunt tanquam partes nomine Principis, aut tanquam judices; si tanquam partes, fecerunt adversus jus manifestum et omnem æquitatis rationem, ut in caussa sua invito adversario jus sibi dicerent; de quo ita cautum est in *L. unica, Cod. ne quis in sua caussa.* Generaliter lege decernimus, nemi-
11 nem sibi esse judicem, vel sibi jus dicere debere. In re enim propria, iniquum admodum est alicui potestatem tribuere sententiæ. Ergo iniquum multo magis cuiquam in re sua jus tribuere executionis quod hi sibi sumpserunt, qui ruperunt signa, ut ea aperirent. Nec eo minus caussa et res eorum putanda est, quod principale commodum hujus caussæ ad Principem pertinet, cujus res procurant: ipsorum enim caussa esse cœpit pro officio administrationis, postquam eam in se susceperunt, et Principis nomine agunt: sic enim omissæ rectæ defensionis incommodum, res bene gesta et laus administrationis, et incommodi vitatio ad eos pertinet. Propriam autem caussam cujusque definimus
eam, cujus commodum aut incommodum 12
ad aliquem suo nomine pertinet, *L. 1. §. in propria, D. quando appel. sit.* Nec interest utrum pertineat principaliter, an per consequentiam officii administrationis susceptæ. Unde cautum est, ut nec patroni in
caussa cui patrocinium præstant aut præsti- 13
terunt, testimonium dicant, placetque in executionibus negociorum idem observandum, *L. ult. D. de testib.* Non alia id quidem de caussa, quam quod caussæ actio ad eorum existimationem pertinet, ne videantur malam caussam suscepisse, aut falsum testimonium ei tribuisse, in quo res eorum agitur. Nullus autem in re sua ido-
neus testis, *L. nullus D. de testib.* multo 14
minus idoneus judex, *L. Julianus ait.* 17. *D. de judic.* Quod si tanquam judices signa ruperunt, fateri cogentur se hic multo magis adversus officium judicum fecesse. Est
enim judicis in caussa gravi qualis est hæc, 15
in qua quæstio falsi vertitur, non incipere ab executione, ut hic factum est; sed caussam cognoscere diligenter prius; partes ad quas res pertinet, audire; his caussam agendæ, et sui defendendi potestatem facere; sic denique, caussa cognita, de re pronunciare et judicare, *L. 1. C. de exec. rei jud. L. neg. Cod. de oblig. et act. L. judices. C. de judic.* Qui secus facit, is et lædit officium boni judicis, et adversus formam atque ordinem judiciorum committens, incidit in eas constitutiones quæ hujusmodi judicia et sententias nullius momenti esse jubent, etiamsi judicarit Præses provinciæ, *L. ploratam C. de sent. et inter.* Quod cum ita sit, jure videtur Gabriel Mendelius adversus eos qui signa instrumenti sui ruperunt, sic agere posse: Reddite, domini, instrumentum meum integrum quale bona fide a me exhibitum a me accepistis; Reddite signa integra, ut prius; ac deinde de falso, si videtur, apud idoneos judices cognoscatur, apud quos sit mihi instrumenti defendendi copia. Quod si integra reddere non potestis, nolite factum vestrum ad injuriam nostram convertere, sed potius id vobis noceat, atque hoc modo instrumentum in suo statu maneat, donec de

falso aliter probaveritis. Hæc, inquam, in hac caussa Mendelii petitio honesta et justa esse posse et debere nobis videtur. Primum, quia ut jam diximus, non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, et factum cuique suum non adversario nocere debet, *d. L. factum cuique D. de reg. jur.* Deinde, quia omnium consensu receptum est, semper standum esse instrumento, præsertim publico, nisi contra probetur; qualem probationem in superioribus nullam esse satis ostendisse videmur.

*Transitio ad alteram partem propositionis, videlicet præscriptionem longissimi temporis.*

Atque hæc de concessione superiorum jurium a nobis dicta sunt; quæ, ut concederemus nulla esse, quod non concedimus, tamen est altera eorum omnium acquirendorum caussa quam nulla res potest Gabrieli eripere. Ea est præscriptio longissimi temporis, de qua jam dicemus. Possederunt Mendelii jura ea de quibus agitur, per innumeros annos amplius quam centum. Proinde per id tempus cujus initium dicatur excedere hominum memoriam; aut, si quid dicere volumus, quod certo et liquido affirmare potest, usus est Gabriel Mendelius istarum rerum jure amplius quam per triginta annos continenter et sine interruptione, justo titulo præcedente et bona fide, scientibus etiam et consentientibus Illustrissimis Principibus, ad quos ea res pertinebat: quæ omnia in quem concurrunt, nemo dubitat, quin is rem ita possessam, quanvis longo solum tempore possessam, præscriptione longi temporis suam faciat. Quanto igitur magis hoc jus Mendelius, qui id longissimo tempore, nempe ultra triginta annos possedit: Sed de his distinctius paulo et separatim agemus.

In usucapione duo hæc spectanda sunt:
16 Res quæ usucapitur, et usucapiendi modus. Res de quibus hic agitur, sunt ea jura, quæ commemoravimus, res nimirum incorporales. Certi juris est, ut res corporales usucapi et præscriptione longi temporis acquiri possunt, sic posse et incorporales, ut usumfructum, usum, et servitutes prædiorum. *L. ult. C. de præs. long. temp. L. si quis diutur, D. si servit. vind. L. 1. L. 2. Cod. de ser. et aq.* possunt igitur et jura superiora. Nec quidquam hac de re mutat, quod hæc jura Principum sunt; nam non eo minus privata esse Principum, ex eo potest intelligi, quod ab illis vendi et honoris caussa in alium transferri possunt. Quod si his modis alienari possunt, possunt et adversus eum usucapi, quia alienationis species est usucapio, *L. alienationis, D. de verb. sig.*

Iam usucapiendi modus hic est legibus certis definitus, ut possidendo quisque rem immobilem aut rem corporalem, eam usu suam faciat, seu præscriptione longi temporis acquirat, si eam rem possederit; si possederit per statutum tempus, id est decem annos inter præsentes, et viginti inter absentes; si possederit per tot annos continenter, et sine interruptione; si justo titulo præcedente et bona fide: jus de usucapione et longi temporis præscriptione, comprehensum dilucide *Inst. de usuc.* in princip. *L. omnia, C. de usucap. transfer. L. 2. L. sup. C. de præsc. long. temp.* Nihil ex his omnibus reperietur deesse Gabrieli Mendeliu ad justam et plenam jurium superiorum, de quibus agitur, præscriptionem. Quæritur in his possessio. Hanc Mendeliis omnes, ut putamus, concedunt. Certe constat usos eos superioribus rebus assidue, tanquam ad se pertinentibus, per annos innumeros, scientibus adeo atque patientibus his Principibus, ad quos res pertinebat: de quo tamen ne dubitetur, mox amplius probabitur. Nunc satis est intelligi, si superiore omni jure tanquam ad se pertinente usi sunt, eos jura ea possedisse, quo modo hujusmodi res possideri ad justam præscriptionem possunt. Vere enim possideri res incorporales non possunt, cum cerni et tangi non possint, eoque nec proprie usucapi, *L. servus. §. incorporales. D. de adquir. rer. dom. L. 3.* in princ. *D. de adquir. poss. L. servitutes. D. de servit* At usus earum pro possessione est, *L. ult. D. de servit. L.* in fin. *D. de serv. rustic. præd.* Quæ res facit, ut quemadmodum quasi possidentur, ita longo usu et longa quasi possessione acquirantur, *L. si quis diuturno, D. si ser. vind.* Restat ergo ut de hoc usu et longa quasi possessione cognoscamus, et simul cum hoc usu diuturnitatem et continuationem ejus possessionis conjungamus; quæ omnia eadem probatione continentur.

*Explicat actus complures, quibus probatur possessio, et longissimi temporis præscriptio.*

Usi vero sunt Mendelii suis illis juribus ultra centum annos, et hic ipse Gabriel Mendelius usus est per longissimum tempus triginta annorum, et eo amplius: quod solum nunc urgebimus. Libenter enim omittimus in præsentia dicere, universos Mendelios in possessione hujus juris fuisse amplius quam centum annos. Quia, etsi vere hoc dici potest,

habet tamen difficiliorem indagationem et probationem, qua nihil necesse est nunc judicium onerare. Tantum hoc sumemus quod minus abest a memoria nostra, et nihilominus æque valet ad præscriptionem; certis autem et evidentibus testimoniis tenetur. Dicimus, inquam, Gabrielem Mendelium amplius quam triginta annos superioribus juribus tanquam suis libere usum esse, nec vi nec clam, nec precario, non modo scientibus iis Principibus ad quos res pertinebat, sed etiam consentientibus, et jus Mendeliorum tale esse agnoscentibus; idque his rebus demonstratur.

Primum vivunt adhuc honesti homines testes idonei, quorum alii 80. annum, alii 70. excesserunt, qui testari possunt Gabrielem Mendelium etiam ante triginta annos in possessione et exercitio superiorum jurium fuisse.

Secundo, anno 1527 Comites Palatini Otho, Henricus et Philippus fratres, ad quos dominatus Parckstein pertinebat, a Leonhardo Kreckendorffer scriba provinciali Weidensium, per literas certiores fieri voluerunt, quo jure Gabriel Mendelius in possessione et exercitio venationis sit. Agnoscunt ergo jam tum Illustrissimi Principes Mendelium fuisse in possessione ejus juris, etsi dubitant, jure id usurparet Mendelius an injuria, ac de ea possessione nunc quæritur; quo jure autem possederit, post dicemus. Ad superius mandatum respondit scriba quod magis hanc possessionem atque usum confirmaret: nempe Mendeliorum majores in hoc loco venatum ivisse, et semper feras cepisse eodem modo, quo etiam Præfectus in Parckstein eo jure uteretur. An autem hoc exercitium certo jure et privilegio aliquo, an consuetudine tantum et longo usu obtinuerunt, se nescire.

Non ita multo post, anno 1532, Georgius Landgravius in Lauchtenberg clementer petit per literas a Fabiano et Hyeronimo Mendeliis, dent operam ut gallos sylvestres, bonosas, perdices et hujus generis aves alias, ad festum Paschatis habere possit; venandi scilicet jus illis tribuens, quo illos uti sciebat; alioqui non rogaturus sibi ab illis mitti, quod illos præstare non posse non ignoraret.

Secutus est annus 1555, quo anno Mendeliis fratribus adhuc in communione beneficiorum juris et possessionis rerum manentibus, Præfecti dominatus Parckstein litem illis de jure venationis movere cœperunt, quo tempore Wolfgangus Comes Palatinus, tum vice dominus Ambergæ, partes suas interposuit ut litem componeret. Quam ad rem, cum statuisset de jure Mendeliorum cognoscere, oblatæ sunt ei eædem illæ literæ, de quibus est controversia. Quibus lectis, statim curavit eas reddi Mendeliis, et jussit his significari abunde sibi esse satisfactum, nec vel se pati ut amplius illi in sua possessione turbentur. Quo confirmavit non tantum jus venationis, de quo mota lis erat, sed etiam reliqua jura Mendelii, quæ eodem instrumento continentur.

Ecce etiam anno 1557, Consiliarii et Assessores Electoralis Regiminis Ambergensis Judici provinciali in Parckstein in hanc sententiam scribunt: posquam privilegia Mendeliorum in originalibus recognoverint, mandare se serio ne Præfecti provinciales vim faciant, quo minus Mendelii juribus suis libere utantur, ut et antea usi sunt.

Etiam anno insequenti post, qui fuit annus 1558, ab eodem Regimine per D. Christophorum Jacobum a Plassenberg Judicem provincialem, et Johannem Steinhausern Quæstorem Ambergensem significatum est idem Consiliariis Neoburgensibus Sultzbachi in hanc sententiam, se, nomine Electoris caussa cognita, privilegia Mendeliorum, et inter cætera possessionem et exercitium venationis ut justa approbasse; rogare se Neoburgenses, nequid contra Decretum maturo consilio datum movere, aut Mendelios in sua possessione turbare velint. Ab eo tempore Gabriel Mendelius in sua possessione, sine cujusquam interpellatione mansit ad annum usque qui proxime præcessit, idest ad annum 1588; intra quod spatium, ut facile est annos numerare, intercesserunt amplius quam triginta anni.

Accessit ad hæc omnia, anno 1564, transactio certa facta inter Gabrielem Mendelium et fratres ac patrueles ejus ad redemptionem prædii Steinfels et jus in id succedendi pertinens, qua declaratur Gabrielem Mendelium in possessione et exercitio superiorum jurium fuisse; quæ omnia jura specialiter commemorata sunt in venditione ejus prædii, quæ inter eos intervenerat anno 1558, et præterea in alia quadam transactione inter Hyeronimum et Fabianum interposita anno 1532. Hæ autem transactiones et venditio superior, judicio et consensu, ac publico etiam testimonio, a Consiliariis Ambergensibus per omnia comprobatæ, et apposito sigillo Principis ad futuram memoriam et cautionem, testatæ sunt anno 1564.

Etiam anno 1588, amplius Mendeliis eadem possessio præcedentium annorum, non solum agnita, sed etiam confirmata est ab his a quibus maxime debuit ac potuit; nam et Fridericus Comes Palatinus in Salicetis Men-

delio juris venandi controversiam facere instituit. Sed, ut primum Illustrissimus literas illas ipsas, de quibus domini Assessores Ambergenses nunc litem movent, et alias de jure Mendeliorum legit et cognovit, in his acquiescens, statim Mendeliis restituendas curavit.

Quæ cum tam aperta, tamque illustria et tantorum virorum de eadem re testimonia sint, neminem dubitaturum arbitramur, quin Mendeliorum possessio, et ea plus quam longissimi temporis, eademque continua, in juribus superioribus de quibus agitur, abunde atque adeo supra quam satis est, probata sit.

*Defensio tituli bonæ fidei possessionis, quæ in præscriptione requiruntur.*

Quod superest de titulo et bona fide Gabrielis Mendelii, in præscriptione superiorum jurium acquirenda, videamus. Titulum hujus possessionis idoneum domini Assessores requirunt. Hic duo respondemus. Primum contendimus, in hac præscriptione, de qua agitur, titulo opus non esse, neque hic rem incerti juris dicimus. Nam illud omnium interpretum consensu receptum est, cum de re incorporali in jure consistente per usum et longam possessionem acquirenda agitur, titulum præcedentem ad præscriptionem non requiri, dummodo qui usus est, nec vi, nec clam, nec precario usus sit; id est, dum sciente eo ad quem res pertinet, et patiente sit usus. De qua sententia ne dubitemus, ea multis locis diserte testata, ut *L. si quis diuturno, D. si servit. vindicet. L.* 1. §. *ultim. D. de aqu. plu. arc. L.* 1. *L.* 2. *C. de ser. et aqua.* Sunt hi quidem loci de servitute per usum acquirenda scripti, sed cur ad alias res incorporales eodem modo acquirendas non pertineant, ratio reddi non potest. Pertinebunt igitur, ut in quibus caussis eadem ratio est, in his idem jus statuatur, *L. a Titio.* 108. *D. de verb. obl. L. illud. D. ad L. Aquil.* Quo admisso, satis Mendelius, sine ullo alio titulo in juribus superioribus acquirendis, sua illa possessione quam diximus, defenditur; quippe qui eo jure usus sit, non modo non clam his principalibus aut Consiliariis et Judicibus Principum, ad quos ea jura aut eorum cura pertinebat; sed etiam usus sit, et scientibus omnibus, et palam atque aperte consentientibus et approbantibus: atque hæc ita sunt, etsi de præscriptione longi temporis tantum ageretur. Nunc autem agitur de præscriptione longissimi temporis 30 annorum; in qua genere constitutiones natæ sunt, quæ vetant titulum aut bonam fidem requiri, sed possessionem ipsam tam diuturnam pro omni titulo et defensione esse volunt: hæ sunt *L. sicut, C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annor.* Verumtamen, nequid hic adversarii desiderent, auctarii vice hoc addemus, etiam justum titulum possessionis Mendelio ad præscriptionem superiorum jurium abunde suppetere. Quem igitur? titulum Pro herede, quem jam olim nactus Mendelius, exinde amplius quam per 30. annos in possessione horum jurium perstitit. Quod ut intelligatur, subjicienda est nobis animo ea definitio, quæ de hoc titulo extat, *in L.* 3. *D. pro hered.* Ea sic habet: Plerique putaverunt, si heres sum, et putem rem aliquam ex hereditate esse quæ non sit, posse me usucapere. De qua sententia ne quis ut ancipiti dubitet, sic reputet apud se, non alium justiorem titulum esse rerum acquirendarum, quam titulum Pro herede, si quis modo vere sit heres. Nam heres, simul atque heres factus est, succedit in omne jus defuncti, ac non tantum in dominium rerum hereditariarum, *L. heres in omne, D. de acquir. her. L. cum heredes, D. de acquir. poss.* Quibus igitur in rebus acquirendis hic titulus justus est? nempe in hereditariis, ut statim heredi acquirantur. In non hereditariis autem, quæ hereditariæ putantur aut quæ statim acquiri non potuerunt, præstat in his usucapiendi conditionem, sicut accidit in omnibus rebus ex aliqua justa caussa traditis, *L. clavibus, D. de contrah. empt.* Atqui Gabriel Mendelius majorum suorum vere est heres, quorum in hereditate invenit jura superiora, quæ majorum esse ac proinde esse hereditaria putavit. Esto igitur non fuerint majorum, eoque nec hereditaria; tamen ejusmodi erant, ut, quia tanquam hereditaria possessa sunt, usucapi et longo tempore acquiri potuerint, justo titulo præcedente Pro herede. Est sane interdum, cum dicatur pro herede possidere, qui contrario modo possidet, id est qui, cum hæres non sit, possideat rem vere hereditariam quasi heres; quomodo accipitur in petitione hereditatis, cum ea petitio dicitur dari vero heredi, adversus eum qui pro herede prove possessore possidet, *L. regulariter,* 9. *L. pro herede* 11. *D. de her. pet.* Quo sensu, recte dicitur Pro herede usucapionem locum non habere, *L.* 1. *L.* 3. *C. pro her.* ut enim Pro donato, Pro legato, Pro dote usucapi nihil potest, ubi vere donatio, legatum, aut dos nulla est, *L. Celsus, D. de usur. et usucap.* ita nec pro herede quisquam, ubi vero heres non est. Nunc de eo qui vere est, loquimur, et rem non hereditariam tanquam hereditariam possidet: quod Gabrieli Mendelio in his juribus acci-

dit: justo igitur titulo hæc jura ille possedit; unde et ita possessa usu acquisivit.

Quod ad bonam fidem ejus attinet, quam in usu horum jurium requirimus, etsi ea in præscriptione longissimi temporis 30. annorum non requiritur, *L. sicut, L. omnes, C. de præscr.* 30. *vel.* 40. *anno* tamen, ut concederemus requiri, non ideo esset quod in ea probanda valde laboremus, propterea quod jure ita receptum sit, ut nemo qui se dicit bona fide possedisse, seu putasse rem ad se pertinere, id probare cogatur. Nam alioqui quomodo, de sensu animi interiore et nulli noto nisi Deo et ipsi qui dicit, possit docere aut ullis argumentis persuadere se vero putasse quæ dicit? Sed ab adversario qui dicit rem non bona fide possessam, probatio hujus objectionis exigitur. Prius diserte probatur in *L. pen. C. de evict.* Posterius probari intelligimus eo quod dicitur, ab eo qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, dolum probari debere, *L. quoties*, §. 1. *D. de prob.* Nam qui dicit possessorem mala fide possedisse, nihil aliud dicit quam possedisse cum dolo, cum sciret rem ad eum non pertinere. Omninoque hæc idem valent: possidere rem quam scias ad te non pertinere, id est mala fide; et possidere dolo malo, *L. sed et si lege*, §. 1. §. *de eo.* §. *si ante D. de hered.* Sed ne hic quoque quicquam dubii relinquitur, quod suspicione malæ fidei vel tenui Mendelium aspergat, quam multa occurrunt in hac caussa, quæ bonam fidem ejus arguant. Heres est majorum suorum, quos noverat longa annorum serie superioribus rebus et privilegiis suo jure usos esse; quid aliud existimare potuit, quam et se in hoc jus successisse? Confirmarunt eum efficacissime in ea opinione instrumenta, quæ superiora jura majoribus constituerunt. Demus falsa esse. At vera esse existimavit, cum a majoribus accepisset; nec quicquam haberet, cur de-
17 beret falsa esse suspicari; qui enim in alterius locum succedunt, justam habent ignorantiæ caussam, *L. qui in alterius, D. de reg. jur.*

Accesserunt extrinsecus judicia Illustrissimorum Principum et aliorum præstantium virorum, tot et tam multa, quibus sententia sua jura illa confirmarunt, et quidem caussa cognita. Hanc ipsam etiam bonam fidem non semel factis suis fratres declararunt. Primum, in divisione bonorum paternorum quæ inter Johannem, Hieronymum et Fabianum eorumque sorores facta est anno 1513. Qui inter se ita bona diviserunt, ut, reliquis bonis æqualiter inter eos divisis, sorores omnem muliebrem ornatum, fratres omnis generis arma et retia, atque omnia venatoria instrumenta sibi haberent; quod certe facturi fratres non erant, si de jure venandi dubitassent, ne forte quandoque postea iterum omnium instrumentorum ad venationem pertinentium damnum sentirent, jure venandi adempto.

Secuta est etiam deinde transactio inter Hieronymum et Fabianum Mendolios anno 1535. quæ eamdem bonam fidem fratrum in hoc jure declararet. Nam illi, transactione inita, ita inter se caverunt, ut singuli venatoria instrumenta pro dimidia parte haberent, his uterentur et fruerentur; quæ utique homines, nisi in re quam suam putent, facere non solent.

Quæ cum ita se habeant; apparet verum esse quod supra diximus, omnia in hac caussa concurrere, quæ præscriptionem jurium superiorum Gabrieli Mendelio prolixe tribuant; jura hæc ita illius faciant, ut quamvis omnis alia concessio et omnis alia acquirendi caussa deesset, tamen abunde præscriptio hæc sufficiat, quo et jure ea possidens sibi defendat; et amittens, adversus quoscunque turbatores et possessores, jure optimo persequi et vindicare possit.

*Disputat: Utrum nocere possit Mendelio usus hujus instrumenti, etiamsi falsum.*

Nisi forte hoc illi adhuc obstare in hac caussa quis existimat, quod instrumento eo usus est, quod falsum a dominis Assessoribus esse dicitur. Nam et de eo consulti sumus: nos vero hic quicquam Mendelio obstare posse aut debere non putamus. Obesse ei instrumentum superius posset, si duo concurrerent: ut et instrumentum falsum esset, et qui utitur, sciens, non per errorem falso uteretur. Alterum si deest, non potest nocere. Illud quidem expeditum est, non posse instrumentum nocere ut falsum, quod falsum non sit; sed hoc amplius, etiam illud certi juris est, etsi falsum instrumentum proponatur, si quis tamen per errorem eo utatur quasi verum sit, cum nihil aliud de falso compertum habeat, solum hunc usum impunitum esse, nec crimine falsi teneri, *L. Divus*, 31. in fin. *D. ad leg. Cornel. de fals. leg. nec exemplum, C. eod.* quod et Bartolus recte scripsit ad legem *Si adversarius. C. de fid. instrum.* Atqui in hac caussa, neque falsum instrumentum est quo Mendelius utitur, nec si falsum instrumentum sit, dolo malo utitur eo, sed per justissimum errorem: falsum non esse instrumentum tam diu necesse est videri, quamdiu

falsum non probetur. Illud enim principium semper tenebimus, tamdiu instrumento standum, donec contra probetur, *L. cum precibus, C. de probat.*

Porro nihil afferri quo falsum esse doceatur, satis supra demonstrasse videmur; quo fit ut etiam nunc tanquam verum, non tanquam falsum haberi debeat. De errore autem et bona fide Mendelii in usu ejus instrumenti, quanvis quis falsi id esse concederet, quis est qui possit dubitare? Accepit, ut diximus, Gabriel Mendelius id instrumentum a majoribus, quia in hereditate et bonis eorum reperit. Quomodo scire possit instrumentum esse falsum, qui, uti in facto alieno, justum nec ne sit, justam ignorantiæ caussam habet, *L. qui in alter. D. de reg. juris?* Quas vero et quantas caussas habet, cur verum instrumentum esse existimet? Recognoverunt hoc instrumentum Illustrissimi Principis sapientes in Republica viri, et hi ad quos non minus cognoscendi cura pertinebat, quam ad dominos Assessores Ambergenses qui nunc sunt. Omnes, instrumento lecto et cognito, non modo id tanquam falsum non rejecerunt, sed etiam ut verum comprobarunt.

Miramur Gabrielem Mendelium existimasse verum esse instrumentum, quod tam multi et tales etiam in re aliena verum esse, caussa etiam cognita, et quidem adversus se judicarunt? Denique, an instrumentum falsum sit nec ne, res facti est: et si quis in eo errat, in facto errat. Certum est autem nemini facti ignorantiam, nisi supinam, nocere, *L. pen. in pri. L. 4. L. 6. D. de juris et facti. igno.* Nempe, quia facta et eorum interpretatio ita est, ut etsi vera sint, tamen prudentissimos fallant, *L. 2. D. de jur. et fact. ignor.* Vel in hac ipsa caussa quid acciderit Illustrissimis Principibus, et prudentissimis atque in negociis civilibus exercitatissimis viris videmus, qui, cum instrumentum de quo agitur, cognoscendum suscepissent, ac pro fide et religione debita, quam diligentissime excussissent et cognovissent; non modo in eo nihil falsi deprehenderunt quo instrumentum rejicerent, sed omnes sententiis sua instrumentum comprobarunt. Quod si prudentissimos et in Republica maxime versatos viros vitium illud falsi, si quod est, fugit; quanto minus mirum esse debet, si idem fefellit Gabrielem Mendelium, hominem neque istarum rerum peritum, et a rebus ac negociis forensibus longe alienissimum.

*Concludit D. Mendelio inconcussa manere debere jura supradicta ob caussas allegatas.*

Maneant igitur Mendelio inconcussa jura de quibus quæritur, quæ tot modis ad eum pertinere jure tam evidenter probatur. Neque huic noceat ejus instrumenti usus, quod neque falsum probatur; et si falsum esset, non tamen ejus malam fidem arguit, qui tam multas caussas habet, non solum cur id falsum esse ignoret, sed etiam cur verum esse existimet; nempe illas confirmationes Principum et consiliariorum, instrumenta venditionum et transactionum inter Mendelios interpositarum, quæ superiorum jurium et privilegiorum disertam enumerationem habent, eorumque exercitium Mendeliis tribuunt; neque ea tanquam privatæ scripturæ, sed tanquam ea quæ omnia, judicio et sententia Regiminis Ambergensis sint confirmata et testata.

CLARISSIMO ET EXCELLENTISSIMO JURISCONSULTO

# D. HUGONI DONELLO

## LEGUM IN ACADEMIA ALTORFIANA

### PROFESSORI PRIMARIO.

*Consules Norimbergenses.*

S.

Clarissime et ornatissime vir. Ambigitur in consilio nostro de firmitate seu robore testamenti cujusdam, ab homine extraneo et forensi facti, qui nullo nec civitatis jure, nec alia quavis ratione nobis subjectus erat, et facti quidem, non secundum præscripta juris communis, sed secundum jus speciale et privilegiatum civitatis nostræ; et de appellatione ad consilium nostrum interposita a sententia Judiciali pro confirmatione testamenti illius lata: utrum ea de jure admitti possit aut debeat necne; quemadmodum de facti specie Excellentia tua ex pagella hisce inclusa prolixius cognoscet. Qua de re, cum diversæ Jurisperitorum nostrorum sint opiniones, tuæ quoque Excellentiæ, utpote cui præ cæteris merito standum existimemus, super hac quæstione sciscitari operæ pretium diximus. Itaque ab Excellentia tua etiam atque etiam petimus, ut quid sibi de quæstione proposita rectum, jurique consentaneum esse videtur, benigne ostendat. In eo rem fecerit Excellentia tua nobis apprime gratam, et omni vicissim studio ac benevolentia erga Excellentiam tuam promerendam. Data 19. Octobr. anno 88.

*Facti species de qua consultus D. Hugo Donellus.*

Quidam hic Norimbergæ condidit suum testamentum, qui neque civis, neque incola, neque jurisdictioni hujus civitatis, quoad munera vel alia quavis ratione subjectus, sed omnino extraneus et forensis fuit, et quidem casu huc veniens, sanus corpore, neque ulla præcipiti circumventus necessitate quæ moram non pateretur. Idque testamentum, non secundum jus commune coram septem testibus, sed secundum jus speciale, et quidem privilegiatum hujus civitatis proprium, quodque personaliter de civibus et incolis tantum loquitur; et duobus testibus ex numero consilii majoris hujus civitatis adhibitis, contra dispositionem juris communis contentum est; ita tamen ut liberum cuique permittat, etiam secundum jus commune, si cui ita visum fuerit, testari. Hoc itaque testamentum, conditum coram duobus testibus, contra jus commune, secundum jus speciale et privilegiatum hujus civitatis in personas civium incolarum directum, cujus tenor infra subjicitur, in judicium vocatur et de nullitate impetitur ex istis rationibus.

I. Quia statutum, loquens in personam, non comprehendit non subditum et forensem; sicut enim statuta non comprehendunt forenses ut illis noceant, ita neque ut illis prosint.

II. Quia et alias, beneficia et privilegia statutorum non extenduntur ad forenses. Et pro ista quidem sententia, quod sit juri consona, profert actur duarum celebrium Academiarum, Lipsiensis scilicet et Ingolsta-

diensis, duo consilia decisiva quæ ambo contra testamentum pronunciant, præsupposito scilicet civitatis hujus jure speciali et privilegiato et in personam directo. Sed, his non attentis, Judices primæ instantiæ contrarium et pro testamento pronunciarunt. Ab ista sententia appellatur ad Senatum.

Quæstio igitur est de appellatione recipienda, vel non.

Quod si appellatio rejiciatur, periculum est, ne caussa ad Cameram devolvatur, non sine magno præjudicio Senatus qui hactenus operam dedit, ne lites ad tertiam instantiam excurrerent.

# HUGONIS DONELLI

## JURISCONSULTI

# RESPONSUM

## AD AMPLISSIMOS DOMINOS CONSULES SENATUMQUE NORIMBERGENSEM

## DE QUÆSTIONE AB IPSORUM AMPLITUDINE PROPOSITA.

Testamentum non secundum formam juris communis factum ab eo qui nec civis Norimbergensis erat nec incola, quanvis secundum formam juris Norimbergæ recepti, et civibus atque incolis ejus civitatis specialiter et privilegio concessi factum sit, quin jure non valeat, dubitare non oportet. Testandi enim facultas non ut cuique testari visum est, libera concessa est, sed certis legibus et certa forma adstricta. Hanc formam mutare, et in eo juri publico derogare nulli permissum. Cautum diserte in *L. testandi*, 13. *C. de testam.* Idispum plane quod Papinianus intelligi voluit, cum definit testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, *L.* 3. *D. Qui testam. fac. poss.* Hoc enim sentit, si id quod de testamenti factione jure cautum est, privati juris esset, id est privati cujusque caussa non jussum, sed permissum, potuisse unumquemque privatum ei renunciare et eo jure non uti, ut est lex omnium eorum quæ pro nobis solum introducta sunt, *L. pen. C. de pact. L. si judex, D. de minoribus.* Nunc, cum testamenti factio sit publici juris, eveniet quod supra dixi de iis quæ de hac factione jure cauta sunt, ut ab his recedere non liceat, quia hæ sententiæ juris ratæ sunt: Juri publico a privatis derogari non posse: Jus publicum privatorum voluntate mutari non posse: Legibus non esse refragandum; quæ omnes unum et idem exprimunt, *d. L. testandi C. de testam. L. jus publicum, D. de pact. L. quod bonis* 15. §. 1. *D. ad L. Falc.* Nihil in proposito casu adversus jus comune juvat testatorem statutum Norimbergense, quo forma testandi jure communi quibusdam remittitur. Remittitur enim nominatim et specialiter civibus et incolis Norimbergensibus. Is autem de quo quæritur, proponitur non fuisse unquam civis Norimbergensis aut incola. Nihil igitur statutum ad eum, aut ad alios ullos extraneos pertinet. Neque hic exquisitis ad eam rem probandam, aut longe petitis argumentis opus est, multoque minus hic inducenda de vi et interpretatione statutorum, beneficiorum, privilegiorum non necessaria quæstio. Una sententia juris certi omnem dubitationem hic eximet, ut quanvis fateremur, statutum Norimbergense superius legem esse publicam, et partem juris communis; tamen intelligamus eam legem, de jure publico et communi quid remittentem, ad alias personas non pertinere, quam quæ nominatim ea lege comprehensæ sunt. Sic enim jus est de legibus posterioribus, etiam si sint principis et generales ac publicæ. Quicquid posteriore lege jus vetus innovanto specialiter expressum non est, id veterum legum constitutionumque regulis relictum intelligi debere traditum in *L. præcipimus, C. de appellat.* Esto igitur, dicat aliquis, leges ad similes caussas et ad alias personas, in quibus eadem ratio sit, porrigi debere, ut definitio est *L. neque leges*, et trium sequentium, *D. de legib.* In promptu

semper erit responsio, id ad posteriores leges prioribus derogantes non pertinere, ex sententia illa superiore. Et merito: nam, cum lex prior in omnibus suis partibus per se constiterit, nec, nisi abrogetur, desinat; necesse est, quibus in rebus aut personis nominatim abrogata non est, in his omnibus eam manentem, suam vim et auctoritatem veterem tenere. Sed id tum maxime et sine ulla hæsitatione respondebimus, cum posterior lex scripta erit contra rationem et formam juris communis, quale est superius statutum Norimbergense. Hic enim certi juris regula traditur: Quod contra rationem juris receptum est, non esse producendum ad consequentias, *L.* 14. *quod vero, D. de legib.* Quare si prior judex pro eo testamento de quo quæritur, tanquam jure facto, sententiam tulit, male judicavit. Quam ob caussam jure ab ea sententia est appellatum. Quod si est, recte atque ordine facient Amplissimi domini Consules et senatus Norimbergensis ad quos appellatum est, si appellationem recipient; quam, etiamsi injuste appellatum esset, dum de eo aperte non constaret, in re dubia admittere debuerunt, *L.* 1. in prin. *D. de appellat.* Nec solum appellationem recipient, ut de ea cognoscant, sed etiam, cum talem esse cognoverint qualem dixi, non dubitabunt, eam confirmantes, pronunciare id quod faciendum esse in ejusmodi re jos præscribit, juste nimirum appellatum esse, male judicatum, *L. eos* in pr. *C. de appellat.*

Hugo Donellus respondi, scripsi Altorfii mea manu 23. Octob. CIↃ. IↃ. LXXXVIII.

*Post Scripta.*

Ut quis in numero civium Norimbergensium non habeatur, nihil interest utrum nunquam civis Norimbergensis fuerit, an, cum civis fuisset, postea esse desierit, ut de cive Romano traditum est *in §. cum autem, Inst. Quib. mod. jus pat. potest. solv.* Quare, si is de cujus testamento agitur, civis Norimbergensis esse desiit, atque eo statu personæ fuit cum testamentum fecit; nihilo plus illi prodesse potest ad jus testandi, civem Norimbergensem aliquando fuisse, quam si numquam antea fuisset. Atque is proponitur civitati Norimbergensi, multo ante testamentum factum, solemniter renunciasse, eaque renunciatio, more et instituto civitatis, publice recepta esse: eo renunciationis hujus effectu, ut moribus et legi civitatis qui ita renunciavit, pro cive amplius non habeatur. Non dubium igitur, quin qui ita renunciavit, idem et in numero civium esse desierit, et si eodem statu testamentum fecerit, non magis testamentum valeat, in quo civem Norimbergensem exigimus, quam si nunquam civis fuisset; ut sic testamenti factio, non ex eo tempore quod antecessit, sed ex tempore testamenti facti in testatore spectetur, ut in testamentis observatur, *§. præterea,* et deinceps toto titulo *Institution, Quibus non est permissum facere testament.*

# ALBERICUS GENTILIS

S. D.

# HUGONI DONELLO

## JURISCONSULTO CLARISSIMO.

Ant vinci pudorem a necessitate oportet, ant is homo ridiculus est, qui vim verecundiæ minus facere potest. Cur enim ita non exordiar? Ut nescio quis in hunc usque diem pudor me, clarissime Donelle, tenuit quominus, quod cupiebam tamdiu maxime, literas aliquas ad te darem, captandæ scilicet amicitiæ tuæ gratia; ita nunc pudorem frangit penitus (nec me invito) difficultas quædam, qua irretitus sic teneor, ut omnino sit mihi necesse, aut tuum auxilium implorare, aut inepte, vel in ignorantiæ tenebris jacere, vel miris torqueri modis, dum multos dies nequaqnam contendo, si ipse me ab ea molestia liberare possim. Ac quidem (ne te multis morer) id est quod me nunc sollicitum habet. Nulla mihi verior, jam annos quatuordecim in jure versanti, visa est sententia ex iis quæ a nostratibus controvertuntur, quam receptior illa, ut verbis conjunctus re conjuncto præferatur. Nimis enim videtur in eam rem aperta *L. re conjuncti*, et nimis hujus legis verba contaminantur ab iis, quiqui sint, qui Johannis et antiquiorum opinionem sequuntur (de quibus apud te dicere opus non est) et a Jasone aliisque abunde sunt confutati. Sed et Bartolus, et qui etiamnum a partibus ejus glossatoris manent, vel invitis, hominis sententiam tenendam ajunt, pares hosce conjunctos facientis; idque adeo propter unam *L. Mævio, D. de legat.* 2. Quid tu, Donelle eruditissime? Ego a Paolo rem istam, et ex professo, et plenius *in d. L. re conjuncti* tractante, ne latum quidem unguem discedere ob Javolenum possum. Et (ut tibi qui sim fatear) in ea sum opinione constitutus, nullas esse in jure nostro antinomias. Quid ergo? satisfactum cuperem Javoleno, ac Pauli simul illam decisionem manere, qua verbis conjunctum facit altero superiorem, Huic desiderio meo nullus ex tanto interpretum numero, quos vidi, nec tantillum præstat. Et adii, opinor, omnes quorum suppeditat copiam Anglia, facto ab glossariis ipsis initio, usque ad Johannem, sed et Alciatum præterea, et qui te Doctoratus insignibus ornavit, Duarenum. Nam quid facilius, quam omniom dictata commentave, justis quidem argumentis refutare? Age, obsecro te, vir humanissime, postquam libri te tui, multorum sermones, Scipionis fratris mei auditoris tui literæ Jurisconsultum eximium clamant, et eximia prædilum humanitate contestantur, age, exime me ex ista salebra, Quod nullum ego non tentem modum, quo me inde expediam; id sane aut contrarium facit, aut juvat omnino nihil. Suspicabar, falsas illas esse interpretum traditiones, quibus docemur conjunctus verbis hos dici, qui verbo uno sint in oratione copulati; et arbitrabar potius eos esse, qui non tantum verbo uno, sed eadem oratione vocati sic essent, ut si eorum aliquis submoveretur, verba inepta relinquerentur, et oratio tota vitiosa. Collegi eam definitionem ab exemplo posito in ipsa *L. re conjuncti*, ex quo si alterum nominatorum amoveo, insulsam hanc relinquo orationem: TITIO FUNDUM ÆQUIS PARTIBUS LEGO. Confirmabar in ea deliberatione, quoniam *verbis*, non *verbo* conjunctos viderim hos appellari. Accedebat quod re conjunctorum Paulus definitionem tradiderit: verbis autem conjunctorum exemplum posuerit solum, ut significare voluisse visus sit mihi, exemplum illud definitionem alterius conjunctionis referre posse. His ita quasi constitutis, verbis conjunctionem in *L. Mævio* esse jam jam negare incipiebam, quia sive Seium, sive Mævium tollerem ex ea oratione, aptissima nihilominus maneret oratio atque sententia; incipiebam credere, Mævium,

et Sejum re esse conjunctos. Etenim et aliquam adesse conjunctionem oporteat, ubi de jure agitur adcrescendi; et separatim honorati solent dici (quod ibi fit), qui ista conjunctione sociantur. Ita rem totam poteram belle componere, cum ecce contra irruere ista video: Quomodo re conjuncti sunt illi, quibus non eadem pars, sed altera, atque altera, sive singulis dimidia legata est? Si habent ab initio partes, non eas sibi concursu faciunt? Et, si isti sunt ibi re conjuncti, quidni multo magis illi, quibus res eadem æquis partibus data est? Hæreo: adhuc tamen me commovebam. Rem eamdem datam utrique volui, quia Mævii pars sic in parte fuerit Seii; et contra, ut nec ille, nec iste possit vel unam glebam, vel atomum sibi propriam in eo fundo adserere, confusa penitus unius in alterius portione. Quod et ratio dictat, et Bartolus scribit in §. *duobus, D. eod. Cap.* Advocabam huc Q. Mutii opinionem dicentis, appellatione partis rem pro indiviso significari; atque ita pro indiviso fundum illis legatum credebam, et ad partes has constituendas, quæ re conjunctionem impedirent, tam partium non nominationem non sufficere in *L. Mævio*, quod figura tantum illæ partes essent, non vi ac potestate. Nec enim tertium firmum esse, plane in animum inducere potui. Nam qui, re pro indiviso relicta, si verba deinde illa adjiciat ÆQUIS PARTIBUS, is videtur omnino voluisse rem indivisam dividere ex altera Servii opinione. Quid enim aliud voluisse potest? Addebam quod, si re conjunctionem isto casu etiam admisissent auctores, nulla superesset in toto jure verbis conjunctio, sed mixta altera esset, altera realis; et illud quidem de mixta inerudite diceretur, si non daremus separatam alteram, et simplicem speciem conjunctionis, id est verbis. Postremo sic ratiocinabar: Re conjunctio perit, admixta expressa verbis conjunctione, quia illa sane fuerit infirmior, utpote quam per argumenta elici necesse sit, et conjecturas. Nam quod idem Titio, et idem Sejo debeatur, non aliter quidem cognoscimus, nisi quoniam partes nullas possumus considerare vel invenire quæ non sint utriusque pariter communes. Quid mirum itaque, si, simul manente expressa verbis conjunctione, nullius est altera considerationis aut momenti? Admixta pereunt satis multa, quæ sola manere potuissent. Et ita pereat igitur re conjunctio admixta verbis conjunctioni in exemplo *L. re conjuncti*; et maneat, quæ sola stat in specie *L. Mævio.* Absolvi autem ineptias meas. (Nam quo alio hæc nomine appellem, quæ nec placere possunt auctori suo?); sed caussam antea verissimam exposui, cur voluerim et ista adscribere, ut plane me in hac quæstione hærere intelligeres, tuamque opem atque explicationem magis elicerem. Quod te facturum pro singulari illa tua doctrina atque humanitate, certo confido. Ex eo quidem tantus amori, et observantiæ in te meæ cumulus accedet, quantus maximus esse potest. Quod si quid vicissim hic in Anglia, tua caussa possum, enixe abs te peto, ut velis tantum quid valeam, significare.

Hoc satis fuisse, re ipsa cognosces. Vale.

Oxonii. v. Id. Febr. MDLXXXIII.

# HUGO DONELLUS

## ALBERICO GENTILI

### JURISCONSULTO DOCTISSIMO

S. D.

Quæcunque tibi occasio esse potuit ad me scribendi, Alberice Gentilis doctissime, non potuerunt literæ tuæ, cum a te, atque ab isto animo essent, non esse gratissimæ. Fuerunt certe tales apud me, non solum quod viro docto, et ingenioso, et quod ad commendationem præcipue valet, brevitatis amante dignæ visæ sunt; sed etiam quod testes benevolentiæ tuæ erga me; benevolentiæ tanto jucundioris, quanto nullis meritis meis provocata, proclivior tam procul in te extitisset. Quam quia tam amanter significas, studebo eam pari benevolentia et paribus studiis tueri et augere. Quando autem per hanc a me petis, ut de quæstione quam proposuisti, sententiam meam ad te perscriberem; idque, ut in quæstione difficili, et quæ te angit, tam ardenter facis; non tam indignus sim illa benevolentia, quam nomine hominis, si paulo plus otii nactus, hoc, quidquid est, otii tibi denegarem. Optassem, coram de re tota licuisset inter nos conferre. Scio enim, cum quædam dixero quæ mibi vera videantur, tibi homini erudito, et in rebus pernoscendis, ut adparet, non oscitanti, sed cum cura, et fide versanti, multa occurrere posse, quæ scrupulum moveant; quæ cum eveniant inter absentes, non potest his litera respondere. Veruntamen, quando ita urges, et tantopere ad voluntatem tuam pertinet, malui in eo responso certitudinem, quam officium meum abs te requiri. Cognovi diligenter, non solum quid sit de quo me consulis, sed etiam quam non sit de nihilo, cur in eo hæres. De quo ut respondeam, principio ita tecum statuo (quæ nobis cum omnibus doctis viris, et non omnino ineptis interpretibus communis fere sententia est), nihil esse verius, quam verbis conjunctum in portione, cæteris, cum heredibus, tum legatariis qui ad eamdem rem vocati sunt, esse potiorem. Recte in ea sententia cum se tibi habeant alia omnia, non est necesse apud te attingere quæ tu non requiris. Unum responsum Javoleni, quod contra vulgo citari solet, anxium te habet, *l. Mævio, D. de legat.* 2. in quo hoc vulgo putatur, verbis conjunctum in portione conjuncti deficiente non solum admitti, sed una cum eo, etiam eum qui re tantum conjunctus est; ita etiam cæteris in ea portione non esse potiorem. Sic autem verba sunt: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego; eundem fundum Titio lego. Si Sejus decesserit, pars ejus utrique adcrescit*, id est, non Mævio tantum sed etiam Titio, quem constat, cum prioribus duobus, non verbis, sed re tantum conjunctum fuisse. Nos vero ne dubitemus nihil hic esse contrarium superiori sententiæ. Esset aliquid, et quidem maxime, si Mævius et Sejus in ea specie essent verbis conjuncti. Nunc autem non sunt. Hoc quidem diserte de his Javolenus scribit. Ait enim, in toto eo legato separatim et partes fundi, et totum fundum legatum esse. Scimus autem, eos quibus separatim legatur eadem res non alios esse, quam quos dicimus re conjunctos, *L. re conjuncti, D. de legat.* 3. Sunt ergo isti, sententia ipsa Javoleni, re conjuncti, non verbis; ut non sit mirum, cum Mævio qui ex his unus est, etiam alios re conjunctos ad portionem deficientem admitti. Et tamen, ut de eo statui possit certius, intelligaturque nihil hic non recte respondisse Javolenum, aut parum aliorum veterum sententiis de conjunctis, et jure adcrescendi convenienter; constituenda est nobis verbis conjunctorum definitio. Ea rem omnem facile expediet. Sciamus, verbis con-

junctos non esse eos, quos una oratio conjungit, seu quibus una oratione legatur aliquid, sive fiat uno verbo communi, sive pluribus; sed quibus eadem oratione legatur res eadem, eaque semel et in commune ambobus, hoc tamen adjecto, ut dicat testator, *ex æquis partibus;* sive ut jubeat, eos æquas inde partes habere. Ne legetur duobus res una, sed singulis res diversæ, quamvis eadem oratione id fiat, constat nullo modo esse conjunctos, eoque nec conjunctos verbis. Ac de eo inter omnes convenit. Veluti, *Titio et Mævio singulos servos do, lego*, aut *Titio Stichum, et Mævio Pamphilum do, lego, L. hujusmodi*, §. 1. *D. de legat.* 1. Non est satis eandem rem legatam esse duobus, sed et semel et in commune his legatum esse oportet, ut fiant verbis conjuncti, sive eos re et verbis, sive verbis tantum conjunctos esse volemus. Itaque erunt isti re et verbis conjuncti, si, nullis expressis partibus, testator ita leget: *Sejo et Mævio fundum Tusculanum do, lego.* Erunt iidem conjuncti tantum verbis, ut nunc conjunctos vocamus, si testator, adjectis partibus, ita dicat: *Sejo, et Mævio fundum Tusculanum ex æquis portibus do, lego.* Hoc sentio in his qui sunt conjuncti verbis tantum, partes quidem æquas ejusdem rei testatorem appellare debere, quas dicat se tribuere singulis istis; sed nihil agere ad hanc conjunctionem, nisi prius istis ambobus, simul et sempl, idem fundus conjunctim legatus sit solidus, cujus deinde partes inter ipsos exprimat. Meminerimus enim, illam sententiam Celsi esse verissimam, et ad omnes conjunctos pertinere: Toties jus adcrescendi esse (non est autem, nisi inter conjunctos) quoties in duobus qui in solidum habuerunt, concursu divisus est, sive sit tacita sententia testatoris, sive testator postea hanc divisionem injungeret, *L.* 5. in princip. *D. de usufr. adcr.* Nec aliam significationem habet quod dicitur in §. *si eadem, Inst. de legat.* jus adcrescendi esse, eum duobus res eadem id est res una solida legata est, sive conjunctim id fiat, sive disjunctim. Ex hac definitione de proposita specie judicetur. Testator ita legavit: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam do, lego.* Ex superiore definitione, aut hi non sunt omnino conjuncti: aut sunt re tantum conjuncti, non verbis. Si testator duas dimidias intellexit, non sunt isti conjuncti omnino, quibus partes divisæ, id est res alia atque alia singulis, non eadem duobus legata est. Si eandem dimidiam, non possunt hi dici conjuncti, quorum singulis eadem res, id est eadem dimidia separatim, non semel et simul ambobus legata est, idque non appellatis ejus dimidiæ partibus. Et rogo, quid interest utrum ita legatur: *Mævio fundum Tusculanum do lego, Sejo fundum Tusculanum do lego*, an vero ita: *Mævio fundum Tusculanum. Sejo eundem fundum do lego?* Nam et hic in Mævii legato necessario subaudiendum est verbum *lego*, quod utrum exprimatur an intelligatur, ad sententiam testatoris et speciem legati nihil interest. Atqui tale est hoc legatum: *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego,* si modo eandem dimidiam hic intelligimus, et volumus istos inter se esse conjunctos; sic igitur isti inter se sunt conjuncti, verbis non sunt. Hic jam ad illa tua venio, ex quibus te non explicas. Nam quomodo, inquis, re conjuncti sunt illi, si non eadem pars, sed altera, atque altera legata est? si habent ab initio partes, non eas sibi concursu faciunt? Recte quæris, et omnino tecum sentio, ac superioribus consequens est, non futuros istos conjunctos, nec tales, inter quos sit jus adcrescendi; si his duæ dimidiæ legatæ sint, id est res diversæ singulis, non ambobus una et eadem dimidia. Quod futurum esset, si hi tantum essent legatarii, nec præterea Titio fundus legatus. Non enim quia sunt istæ indivisæ et inter se confusæ partes, eo minus sunt diversæ, quarum una potest esse unius, et altera alterius. *L.* 5. *D. de stip. serv.* Et ideo, si quis duos tales solos proponat quales dixi, putem, deficiente Sejo, ejus partem non ad collegatarium, sed ad heredem pertinere. Aliter atque in duobus heredibus, quorum unus institutus sit ex dimidia parte, alter ex altera dimidia, *L. Julianus*, in pr et §. 1. *D. de her. instit.* Quoniam conditio hereditatis non patitur ut, si quis solus sit ex testamento heres, ejusdem hereditatis partem habere possit, alteram non habere, *L. un.* §. *in his itaque. C. de cad. toll.* Quod non item recipitur in legatis; id quo genere nihil prohibet, fundi hereditarii partem dimidiam alicui legari, ut nihilominus altera dimidia maneat apud heredem. Quid ergo est? Ego te istis objectionibus uno verbo libero. Non est in proposita specie Mævio et Sejo altera atque altera dimidia pars legata, sed una ambobus atque eadem dimidia. Ideo vere sunt conjuncti, quibus eadem res legata est; et conjuncti re, quibus non conjunctim et semel eadem dimidia legata est, sed separatim singulis, puta Mævio dimidia et separatim, atque iterum Sejo eadem dimidia, idque non expressis ejus dimidiæ partibus

æquis; ut hoc quidem constet, si his una dimidia relicta est, quidvis potius esse, quam verbis conjunctos. Ex quo etiam sequitur, ut non habeant isti ab initio rei sibi legatæ partes, quod metuebatur; sed eas concursu sibi faciant. Tantum quæstio huc redit, an videatur istis legari eadem dimidia, cum appareat singulis legatam esse dimidiam: constat autem, in omni toto duas esse diversas dimidias. Et sane, si soli essent isti legatarii, negari non posset, singulas dimidias singulis esse legatas, id est duobus duas. Sed, cum testator proponitur eumdem fundum totum legasse Titio, efficit hujus legati adjectio, ut prioribus duobus una intelligatur tantum dimidia legata esse, non duæ. Nam, si duas his dederis, habebunt totum fundum, eoque nihil ad Titium pertinebit. Certum est autem Titio utiliter relictum. Neque vero hoc aliter fit, quam si prioribus unam dimidiam datam interpretemur, quo Titius habeat saltem alteram dimidiam. Prioribus igitur una dimidia data est, non duæ; id de quo quærebatur. Congruit *L. cum quæstio, C. de legat.* Quo posito, sic legatum superius accipietur, quasi Mævius et Sejus sint in unam dimidiam inter se re conjuncti; Titius autem cum his, et hi cum Titio ideo re conjuncti in eamdem dimidiam; quia, cui totus fundus legatus est, ei utique et eadem dimidia legata est, cum verbo *totius* ambæ dimidiæ sunt ei legatæ. Similiter, ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri ususfructus legatus est, *L. si aliis, D. de usufr. legat.* Nec nos moveat quod Javolenus partes legatas esse dicat, non partem. Verbis enim, duæ dimidiæ legatæ (quia duæ sunt nominatæ, et repetitæ in singulorum Mævii et Seii persona, ac totidem futuræ erant, si in horum persona testator constitisset): re autem vera una tantum dimidia his legata, cum altera dimidia per totius fundi legatum, data sit Titio. Habes responsum nostrum de proposita quæstione; quod cum totum ab animo amico profectum esse statueris, ut est, mihi persuasi, te quidquid hic officii nostri est, æqui bonique consulturum. Vale.

Lugduni Batav. v. April. ut in his locis nunc numeramus. M. D. LXXXIII.

Clariss. Viro, Alberico Gentili JC.

Oxonium.

FINIS.

# HUGONIS DONELLI

## COMMENTARIORUM DE JURE CIVILI

### LIBER XXIII. XXIV. XXVI. XXVIII.

# ELENCHUS CAPITUM

## QUÆ IN HIS LIBRIS PERTRACTANTUR.

### LIB. XXIII.



### LIB. XXIV.

## LIB. XXVI.



## LIB. XXVIII.

# ELENCHUS CAPITUM

## QUÆ IN TRACTATU DE PIGNORIBUS CONTINENTUR.

## ELENCHUS CAPITUM

### QUÆ IN TRACTATU DE JUDICIIS DIVISORIIS PERTRACTANTUR.